Zur Auslegung des § 49a des Strafgesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt am 18. April 1906

von

Ludwig von Hoessle

Rechtskandidat

aus

Augsburg.

ACAD. LUGD. HAT. BIBL.

Würzburg.

Anton Boegler'sche Buchdruckerei

1906.

Referent: Professor Dr. Oetker.

Verzeichnis
der benützten und zitierten Litteratur.

Annalen der grossherzogl. bad. Gerichte.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. II, Abt. 2. Leipzig 1905.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. I. Normen und Strafgesetze. 2. Aufl. Leipzig 1890.

Dopffel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, Tübinger Diss. 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit. E.)

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I. Berlin 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 3. und 4. Auflage. Leipzig 1903.

Frank, in „Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch." Bd. XII.

Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozess und die ergänzenden Disziplinen. (zit. GerS.)

Geyer, Teilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. In Holtzend. Handb. Bd. IV. Berlin 1877.

Goltdammer, Archiv für Strafrecht und Strafprozess. (zit. GoltdArch.)

Haeger, Die Stellung des § 49a im System des Strafgesetzbuchs. Berliner Diss. 1903.

Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts. Stuttgart 1887.

Heilborn, Der agent provocateur. Eine strafrechtliche Studie. Berlin 1901.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 1. Bd. Bonn 1884.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Berlin. Bd. III, 1871; Bd. IV, 1877. (cit. H. H.)

Juristische Wochenschrift. (cit. J. W.)

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. und 15. Auflage. Berlin 1905.

Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Hallesche Diss. 1897.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meves, Die Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876. In „die Gesetzgebung des deutschen Reiches". Herausgeg. v. Bezold, Teil 3, Bd. II. Erlangen 1876.

Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe. In „Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft" Bd. XVII.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1905.

Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Aufl. Herausgeg. von Delius. Berlin 1901.

Ortloff, Aufforderung und Sich-Erbieten zur Begehung eines Verbrechens und deren Annahme. Im „Gerichtssaal" Bd. 67.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (cit. R.)

Reiffel, Ueber § 49a des RStGB. und sein Verhältnis zu § 333 ibidem. Im „Gerichtssaal" Bd. 42.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. Dorpat 1888.

Rotering, Gefahr und Gefährdung im Stafgesetzbuche. In „Goltdammers Archiv" Bd. 31.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 4. Aufl. Herausgeg. von Stenglein. Berlin 1892.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Anhang von Wanieck und Villnow. 2. Aufl. Leipzig 1882.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich. 4. Aufl. Leipzig 1879.

Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung. (zit. SeuffBl.)

Seuffert, Anarchismus und Strafrecht. Berlin 1899.

Simonson, Der Begriff des Vorteils und seine Stellung im deutschen Strafrecht. Berlin 1889.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstags. II. Legislaturperiode, III. Session, Bd. I—III. Berlin 1875—1876. (cit. Sten. B.)

Witte, Erörterungen über den § 49a des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich. Breslauer Diss. 1886.

Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft. (zit. ZStW.)

Andere Werke sind an der betreffenden Stelle ausführlich zitiert.

INHALT.

Seite

Geschichtliche Vorbemerkung 1

§ 1. **Rechtsgüterschutz und § 49a.**

I.

Die Rechtsgüter als Schutzobjekte der Normen 6

II.

Die Normen und Schutzobjekte des § 49a . 11

III.

Folgerungen 15

§ 2. **Begriff und Wesen des Aufforderns, Erbietens und Annehmens** 17

§ 3. **Zum objektiven Tatbestand** 29

I.

Das Erfordernis der Schriftlichkeit 33

II.

Das Erfordernis der Vorteilsgewährung . . 37

III.

Das Erfordernis der Verbrechensqualität . . 42

§ 4. **Zum subjektiven Tatbestand.**

I.

Der Vorsatz des Täters 51

II.

Die Bedeutung des Irrtums 58

III.

Die Frage der Zurechnungsfähigkeit . . . 65

§ 5. **Die Verbrechensformen** 68

§ 6. **Der subsidiäre Charakter des § 49a** . . . 70

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0065

Geschichtliche Vorbemerkung.[1])

Nach der im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31.V.1870, redigiert durch Gesetz vom 15.V.1871 als Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, zur Geltung gekommenen Lehre von der Anstiftung blieb deren Versuch – sowohl die misslungene Anstiftung, eine solche also, welche den Willen des Anzustiftenden nicht bestimmte, als auch die erfolglos gebliebene, welche zwar den Willen des zur Begehung der Tat in Aussicht Genommenen bestimmte, aber nicht einen rechtserheblichen Anfang der Ausführung zur Folge hatte – straflos.

Die Frage ob die versuchte Anstiftung strafbar sei oder nicht, war schon seit Jahrhunderten Gegenstand fortwährenden Streites. Als Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts die Lehre über den Begriff des Versuchs neue Gestaltung annahm und als Versuch „jede auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete, äussere Handlung“[2]) angesehen ward, säumte man nicht, auch die unternommene Anstiftung diesem Begriffe zu subsumieren und sie als Versuch zu bestrafen, teils mit der Beschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle, in

---

[1]) Vergl. hiezu Sten. B. Bd. III No. 54, Bd. I S. 385—410, Bd. II S. 855--877 u. 1350—1356. Ferner Witte S. 2—20.

[2]) Vergl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts 14. Aufl. Giessen 1847 § 42 S. 71.

denen die Anstiftung insoweit Erfolg hatte, als der Angestiftete handeln zu wollen erklärte, grösstenteils aber ohne solche Begrenzung als Bestrafung der versuchten Anstiftung an sich[1]).

In andere Bahnen ward diese Auffassung gelenkt durch den code pénal Frankreichs vom Jahre 1810[2]), der als Versuch nur äussere Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthielten, bestrafte und dem nunmehr Literatur und Gesetzgebung fast ausnahmslos folgten, die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung jetzt ebenfalls verneinend, allerdings aber nicht ohne für gewisse Fälle Ausnahmen von diesem Grundsatze gelten zu lassen[3]).

Solche Ausnahmen fanden sich auch im deutschen Strafgesetzbuche v. J. 1871, trotz der in seinem § 48 niedergelegten Auffassung der Straflosigkeit der versuchten Anstiftung[4]). Sie hatten den Zweck, bestimmte öffentliche, insbesondere militärische Interessen zu schützen[5]), änderten aber an dem Prinzip der Straflosigkeit des Anstiftungsversuches im übrigen nichts.

Den Widerstreit der Meinungen über die Notwendigkeit einer Bestrafung beseitigte natürlich diese gesetzgeberische Entscheidung der Frage nicht. Doch es ist fraglich, ob jene Ansichten, die in richtiger Würdigung des moralischen Wertes und der Gefährlichkeit der Anstifterhandlung deren Pönalisierung forderten, zu gesetz-

---

[1]) Vergl. hiezu die Zusammenstellung bei Witte S. 2 ff.

[2]) Vergl. Art. 2.

[3]) Vergl. die Zusammenstellung bei Witte S. 5.

[4]) „Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung .... vorsätzlich bestimmt hat".

[5]) §§ 85, 110, 111, 159 StGB. § 16 d. Ges. über die Presse v. 7.V.1874. §§ 112 StGB. 78 Abs. 2, 99, 100 MStGB.

licher Anerkennung gelangt wären, wenn nicht ein Vorkommnis im Auslande hier unterstützend gewirkt hätte.

Im Jahre 1873 hatte sich ein belgischer Kesselschmied Namens Duchesne dem Erzbischof von Paris erboten, gegen Bezahlung von 40000 Francs den Fürsten Bismarck zu ermorden. Das belgische Strafgesetz enthielt für solche und ähnliche Fälle keine Strafdrohung; der deutsche Bundesrat äusserte deshalb nach Bekanntwerden jenes Anschlages Belgien gegenüber den Wunsch nach Verbesserung seines code pénal und dies hatte den Erlass eines Gesetzes — loi contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes[1]) — vom 7.VII.1875 zur Folge, welches die Aufforderung und das Erbieten zur Verbrechensbegehung und zur Teilnahme daran, sowie die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens für strafbar erklärte.

Diesem Vorgange Belgiens folgend ward in Deutschland in der Erwägung, dass man, wenn man bei fremdem Staate auf Bestrafung gewisser Tätigkeitsakte drang, im eigenen Lande dieselben nicht straflos lassen könne, in den „Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuches für das deutsche

---

[1]) „Quiconque aura offert ou proposé directement, de commettre un crime punissable de la peine de mort ou de celle des travaux forcés, ou de participer à un tel crime, quiconque aura accepté semblable offre ou proposition, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 50 francs à 500 francs, sauf l'application de l'article 85 du Code pénal, s'il existe des circonstances atténuantes.

Le coupable pourra, de plus, être condamné à l'interdiction, conformément à l'article 33 du Code pénal, et mis sous le surveillance de la police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

Toute fois ne seront point punies l'offre ou la proposition simplement verbale, quand elle n'est pas accompagnée de dons ou promesses ou soubordonnée à des dons ou promesses ni l'acceptation de semblable offre ou proposition".

Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben" folgender Paragraph als § 49a aufgenommen[1]):

„Wer es unternimmt, einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen zu verleiten, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten oder mit Geldstrafe von Einhundert bis zu Eintausend Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher einem Anderen gegenüber zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen sich erbietet, sowie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden".

Dieser Entwurf wurde in erster Lesung einer Kommission zur weiteren Beratung überwiesen und erhielt, inzwischen vielfach abgeändert, nach langen und umständlichen Verhandlungen in zweiter und dritter Lesung schliesslich folgende, dem belgischen Gesetze im Wesentlichen ähnliche Fassung:

„Wer einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, wenn das

[1]) Vergl. über den Regierungsentwurf Berner, Gutachten zum deutschen Juristentag 1876 und v. Stemann, Ueber das Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens und die Annahme dieses Anerbietens. GerS. Bd. 28 S. 267 ff.

Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen erbietet, sowie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden".

In dieser Gestalt ward § 49a mit der Strafgesetznovelle am 26. Februar 1876 vom Kaiser vollzogen und trat, nach Publikation am 6. März, vom 20. März 1876 ab in Geltung.

§ 1.

Rechtsgüterschutz und § 49a.

I.

Die Rechtsgüter als Schutzobjekte der Normen.

Aufgabe allen Rechts ist die Verhinderung menschlicher Interessenkollision.

Jedem Individuum wohnt der stete Trieb inne, auf bessere Gestaltung seiner augenblicklichen Lebensbedingungen hinzuwirken. Je mehr dieser Trieb den Einzelnen beherrscht, desto grösser wird die Versuchung, die Grenzen der ihm zur Hebung seiner Lage zustehenden Betätigung zu überschreiten, bis endlich der Wunsch nach eigener Befriedigung sich zum Entschlusse, die Befriedigung Anderer zu stören, verdichtet[1]).

An sich wäre es Sache des menschlichen Pflichtbewusstseins, in dem Streben nach Wahrung und Förderung der eigenen Interessen die erkannten Grenzen fremder Interessenkreise, mögen sie nun Einzelinteressen oder Interessen der Gesamtheit umfassen, zu respektieren. Aber ihm existiert ein starker Gegner im menschlichen Egoismus, der den auf Befriedigung gerichteten Willen zum Eingriff in die fremde Sphäre drängt.

Das Pflichtbewusstsein bedarf darum der Unterstützung und findet sie in den Rechtssatzungen.

Individuum und Allgemeinheit sollen ungestört existieren und sich zur Erreichung der mannigfachen Zwecke

[1]) Vergl. hiezu Möller, das Volksrechtsbewusstsein der Gegenwart über Bestrafung der Verbrecher. Kassel 1857. S. 2 ff.

ihres Daseins betätigen können; sind jedoch die hiefür die Grundlage bildenden Faktoren, jene Zustände, auf denen als Basis allein eine geordnete Gemeinschaft, wie sie die Menschheit erstrebt, zu ruhen vermag, in beliebiger Weise der Beeinträchtigung ausgesetzt, so wird man sagen müssen, dass sie den Grundsätzen des Rechts und der Rechtsordnung nicht entsprechen. Dem Rechte liegt es ob, die durch die Freiheit des Handelns immer gegebene Möglichkeit unliebsamer Störung nach Tunlichkeit einzuschränken und für seine Untertanen Zustände zu schaffen, die ihnen in gedeihlichem Zusammenleben und unangefochten durch fremde Willkür den ungestörten Genuss ihrer Güter verbürgen[1]). Es stellt darum dem menschlichen Pflichtbewusstsein Befehle, gekleidet in Rechtssätze[2]) an die Seite, Verbote oder Gebote, Normen[3]). „Die Norm erhebt die Forderung an den Menschen, seine Handlungen so einzurichten, dass aus denselben eine Schädigung zu schützender Interessen nicht resultiert"[4]). Und die Missachtung der Norm bedroht das Recht mit Strafe.

So sucht es jene, den Interessen seiner Schutzbefohlenen allein entsprechende Zustände der Unangefochtenheit und Unverletztheit zu verwirklichen in immerwährendem Streben, die gegenwärtigen durch die

[1]) Vergl. Oppenheim S. 185.

[2]) „Die Grundlage der Rechtsordnung sind die Rechtssätze und das ihnen entsprechende pflichtmässige Verhalten der Rechtsuntertanen". Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 494.

[3]) „Dem Mangel der Gebundenheit des Einzelwillens nach bestimmten Richtungen hin entspringen soziale Erscheinungen, die den gedeihlichen Fortbestand der Gemeinschaft in Frage stellen. Diese Wahrnehmung ist das Motiv des Normerlasses". „Jede Norm, auch die gewohnheitsrechtlich entwickelte enthält einen Appell an das Pflichtbewusstsein, die ausdrücklich formulierte, die gesetzte Norm bezweckt ihn". Oetker ZStW. Bd. XVII, S. 494.

[4]) Rotering, GoltdArch. Bd. 31, S. 270.

Möglichkeit willkürlichen Eingreifens mit sich und seinen Zielen nicht vereinbaren Zustände durch bessere zu ersetzen[1]).

In vollem Umfange erreichen wird das Recht diese Zustände nie; der infolge der Freiheit des Willens in seinen Entschlüssen nicht gehemmte Egoismus wird es nicht zulassen[2]).

Aber sie anzustreben ist der Zweck des Rechts und dieser Zweck wird durch die Norm garantiert[3]); das Streben nach Verbesserung aber begreift die Absicht, eine Verschlechterung zu verhüten in sich — darin liegt die Schutzwirkung der Norm[4]).

Wir nennen jene Zustände der Unangefochtenheit, vom Rechte gewollt und in ihrer Individualität verschieden je nach der Richtung des möglichen beeinträchtigenden Willens die Rechtsgüter[5]).

Die Zustände, welche das Recht durch bessere zu ersetzen trachtet, sind solche, unter denen die Rechtsuntertanen leiden, und jene, die das Recht anstrebt, sollen den Rechtsuntertanen zu Gute kommen, das Recht macht also zu Gunsten der Allgemeinheit seinen Einfluss geltend[6]). Wenn dem Einzelnen eine Schutzwirkung aus dem Normerlasse resultiert, so wird er dieser nur als

---

[1]) „Zweck des Normerlasses ist Aenderung des gegenwärtigen Zustandes". Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 494.

[2]) Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 495. Oppenheim, S. 193.

[3]) „Die Erreichung des Rechtszweckes zu sichern ist die Norm bestimmt". Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 495. Vergl. auch Rotering, GoltdArch. Bd. 31, S. 266.

[4]) „Alle Normen wollen präventiv sein". Binding, Normen I, S. 410.

[5]) Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 495. „Rechtsgüter sind die Ideale bestimmter sozialer Zustände, die bei ausnahmsweiser Normbefolgung in vollem Umfang Realität erlangen würden". Ders. Jur. Litt. Bl. Bd. VII, S. 12.

[6]) Da das gesetzte Recht, denn nur dieses allein kann das Rechtsgut schützen, immer dem Willen der legislativen Faktoren entsprechen wird, ist es wohl möglich, dass ein Zustand, der nicht allen Rechtsunter-

Glied der Gesamtheit, über welche das Recht jene Zustände der Unangefochtenheit wie einen Mantel zu breiten sucht, teilhaftig, der Schutz ist nur ein mittelbarer, das Recht hat nicht den Einzelnen im Auge, denn Rechtsgut und Einzelinteresse sind nicht identisch und ein Rechtsgut des Einzelnen gibt es nicht[1]).

Wer also in unlauterer Absicht den Befehlen des Rechts nicht gehorcht, wer die Norm übertritt, sucht das Streben des Rechts nach solchen Zuständen illusorisch zu machen. Aber nicht nur durch Setzen eines wirklichen Hindernisses, auch schon durch Handlungen, die solches nur befürchten lassen, kann dieses Entgegenarbeiten geschehen. Der prophylaktischen Natur der Rechtssätze entspricht es darum, auch Tätigkeiten der letztgenannten Art zu verhindern, denn mit einem Schutze, der nicht auch auf Verhinderung des Herbeiführens der reinen Möglichkeit eines Schadens sich erstreckte, wären die Grenzen der Möglichkeit wirklichen Schadenseintritts bedeutend erweitert und der Menschheit wäre somit nur halb gedient.

Entsprechend den möglichen Verschiedenheiten rechtswidrigen Verhaltens hat das Recht demnach drei Gruppen von untersagenden Normen geschaffen[2]):

1) Das Recht verbietet die Verletzung, die Veränderung des ihm entsprechenden Zustandes; erst wenn diese Veränderung geschehen, der Erfolg, den die Rechtsordnung nicht haben will, herbeigeführt ist, das Rechts-

tanen als „Gut" erscheint, durch Normerlass zum Rechtsgut erhoben wird. Vergl. hiezu Finger, S. 101: „zu beachten ist, dass die organisierte Macht, von welcher die Rechtssatzung ausgeht, diese Macht auch in ihrem alleinigen Interesse ausnutzen kann".

[1]) Vergl. Binding, Normen I, S. 358. Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 508. A. M. Oppenheim, S. 185, der die Zustände rein individuell fasst.

[2]) Vergl. hiezu Binding, Normen I, S. 111—124, 325 ff, 364—412. Ders. Handb. S. 166 ff.

gut also Schaden genommen hat, ist eine vollendete Normübertretung vorhanden[1]).

2) Das Recht verbietet die Gefährdung, d. h. die Vornahme einer Handlung, welche den Eintritt einer gewissen unerwünschten Veränderung befürchten lässt; ist durch ein solches Tun die ernstliche Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung gegeben, dann schon ist die Normübertretung vollendet.

3) Das Recht verbietet überhaupt gewisse, regelmässig, wenn auch nicht im Einzelfall den Rechtsgütern gefährliche Handlungen. Und während in den beiden ersten Fällen Voraussetzung der vollendeten Normübertretung die Verletzung bezw. konkrete Gefährdung des Rechtsgutes ist, also ein bestimmter Erfolg gefordert wird, bedarf es im letzteren Falle eines solchen nicht; die in einfachem Ungehorsam gegen die Norm ohne jeden sinnlich wahrnehmbaren Anhalt für den Eintritt einer nicht gewollten Veränderung oder einer direkten Gefahr für die Schutzobjekte sich erschöpfende Tätigkeit begründet bereits vollendete Normübertretung.

Dabei ist nicht notwendig, dass der Gesetzgeber mit dieser letzteren Art seiner Vorkehrungen stets nur ein einzelnes Rechtsgut im Auge habe, er kann auch durch eine Norm eine ganze Reihe von Rechtsgütern, das eine mit dem anderen, schützen. „Die ratio legis liegt hier darin, dass die verbotenen Handlungen sehr oft, wenn auch nicht direkt, sondern mittelbar durch das

[1]) Es ist zwar nicht genau, zu sagen, das Rechtsgut sei verletzt, denn einen überhaupt nicht bestehenden Zustand zu verletzen, liegt nicht im Bereiche menschlicher Macht; man wird sich aber des Ausdrucks trotzdem bedienen dürfen, soferne man nur den vom Rechte angestrebten Zustand als einen wirklich bestehenden annimmt. Die Genauigkeit und Folgerichtigkeit der an den so gefassten Rechtsgutsbegriff sich knüpfenden Erwägungen wird durch solche Subsumption nicht beeinflusst. Vgl. Oetker, ZStW. Bd. XVII, S. 496.

Hinzutreten anderer Umstände, nicht selten noch einer ferneren Rechtswidrigkeit, zur Rechtsgüterverletzung oder Gefährdung führen, solche gewissermassen vermitteln, in mittelbarer Weise die Rechtsordnung bedrohen, den Keim einer Gefahr sonach noch unentwickelt in sich tragen, deshalb allgemein unterbleiben und auch wenn ohne Erfolg, bestraft werden sollen; die Normen sind nicht berufen, einem bestimmten Rechtsgute Schutz zu bieten, sondern Veränderungen in der Aussenwelt zu verhüten, die nach verschiedener Richtung hin die Rechtsordnung leicht verletzen“[1]).

Aus diesen Erörterungen lassen sich nun für den § 49a die entsprechenden Schlüsse ziehen.

II.

Die Normen und Schutzobjekte des § 49a.

§ 49a verbietet

zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen aufzufordern,

sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran zu erbieten,

eine solche Aufforderung anzunehmen,

ein solches Erbieten anzunehmen.

Voraussetzung ist dabei, dass es bei Aufforderung oder Erbieten, bezw. deren Annahme gebliében und der verbrecherische Wille nicht in die Wirklichkeit umgesetzt worden ist[2]).

---

[1]) Rotering, GoltdArch. Bd. 31, S. 267. Vergl. auch Binding, Normen I, S. 122, ibid. S. 404: „Indem sie (die absoluten Verbote) den Handlungen entgegengehen und sie noch in weiter Entfernung von den Rechtsgütern arretieren, gelingt es ihnen ..... einer Mehrheit von Gütern Schutz gegen sehr verschieden geartete Angriffe zu gewähren“. Ferner v. Rohland, S. 5.

[2]) Vergl. S. 71 f.

Die, Verbrechensverübung beabsichtigende, in der Uebertragung eines rechtswidrigen Gedankens zwecks Hervorrufung eines ebensolchen Entschlusses oder in Verstärkung der Geneigtheit zum Entschlusse bestehende Tätigkeit, sowie der unter bestimmten Voraussetzungen zu Tage gebrachte Wille, seine Pflicht dem Gesetze gegenüber zu ignorieren, bedeuten die vorläufig ganz abstrakte Möglichkeit der Herbeiführung einer der Rechtsordnung nicht entsprechenden Veränderung, wie sie durch Verbrechenscharakter tragende Handlungen verwirklicht zu werden pflegt. Diese Erkenntnis hat die Norm diktiert. Um die Möglichkeit gar nicht entstehen zu lassen, sollen die genannten Betätigungen unterbleiben. Der Gesetzgeber hat sich dabei nicht die einzelne Handlung in ihren denkbaren Eigentümlichkeiten, sondern ihre ganz allgemeine Erscheinungsform zum Vorbilde genommen und verbietet darum die Handlungen samt und sonders, ohne Rücksicht auf konkrete Verhältnisse, ohne Rücksicht darauf, ob die Möglichkeit eine grössere oder geringere, oder ob sie überhaupt entstehen konnte oder nicht.

Treffend charakterisiert *Rohland*[1]) diese Erscheinung und seine Worte mögen hier erläuternd Platz finden: *Rohland* sagt: „Wir nehmen bei der rechtlichen Wertschätzung einer Handlung den Allgemeinbegriff derselben zum Massstab, also den gemäss ihrer regelmässigen Erscheinungsform sich ergebenden generellen Charakter. Diesem gegenüber stellt sich die individuelle Gestaltung der einzelnen unter den Handlungsbegriff fallenden Handlungen als etwas unwesentliches, zufälliges dar. Repräsentiert daher die regelmässig nahe Möglichkeit eines verletzenden Erfolges den wahren Charakter einer Handlung, so sind die speziellen Merkmale des

[1]) S. 11.

einzelnen Falles, die nur entfernte Möglichkeit, das Nichtentstehen der Gefahr in concreto, ja die Unmöglichkeit ihres Eintritts – weil als individuelle Merkmale dem Allgemeinbegriff gegenüber nur zufällige – nicht im Stande, die Beurteilung der Handlung als einer gefährlichen zu alterieren".

Wie man also sieht, sind die Verbote des § 49a vom Erfolge gänzlich losgelöst, sind absolut und zwar sind ihre Schutzobjekte nicht ein bestimmter Einzelzustand, sondern eine Mehrheit von solchen, eben alle jene Rechtsgüter, bei denen die Uebertretung der zu ihrem Schutze gegebenen Normen sich als Verbrechen im engeren Sinne charakterisiert; sie alle partizipieren gleichmässig an den Schutzwirkungen des Gesetzes, das diese im gegebenen Falle auf das einzelne den Gegenstand des Angriffs bildende Rechtsgut konzentriert.

Die Frage nach den Schutzobjekten des § 49a wird in der Literatur in verschiedener Weise beantwortet.

Binding[1]) bezeichnet als solches das Verhalten der Rechtsuntertanen oder, genauer, die als Freiheit von rechtswidrigen Entschlüssen erscheinende rechtstreue Gesinnung der vom Gesetze Gebundenen. Dieser Auffassung vermag ich nicht beizutreten. Es besteht allerdings kein Zweifel, dass im Allgemeinen der, einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran Auffordernde und der sich hiezu Erbietende den Anderen zur Annahme zu verleiten und dadurch dessen rechtstreue Gesinnung zu untergraben sucht. Nimmt man nun aber an, es erbiete sich jemand einem Anderen zur Teilnahme an einem von diesem geplanten Verbrechen[2]), so wird man kaum sagen können, der Täter

[1]) Lehrbuch S. 708 ff, 868 ff.

[2]) Binding, S. 867, leugnet allerdings überhaupt die Möglichkeit

greife die rechtstreue Gesinnung des Oblaten an, denn eine solche, wenigstens in der Richtung auf das in Betracht kommende, durch das Verbrechen zu verletzende Rechtsgut besitzt der Oblat ja gar nicht mehr.

Den die Aufforderung oder das Erbieten Annehmenden endlich des Operierens gegen die rechtstreue Gesinnung zu bezichtigen, dürfte ebenfalls nicht angehen. Wessen rechtstreue Gesinnung sollte der Annehmende schädigen wollen? Die des Anderen kaum; diese ist schon verletzt. Durch Auffordern und Sicherbieten ist genügend manifestiert, dass der Täter mit ihr gebrochen hat. Wenn auch Aufforderung und Erbieten die Bedingung der Annahme mit sich verknüpfen, für die strafrechtliche Würdigung kommt das nicht in Betracht, so, dass man erst mit der Annahme der Aufforderung oder des Erbietens den Bruch mit der rechtstreuen Gesinnung als vollendet ansehen müsste. Das Gesetz ignoriert selbst mit seinem absoluten Verbote dieses Bedingungsverhältnis und es ist deshalb auch von der Auslegung nicht weiter zu berücksichtigen. Den Annehmenden aber zu strafen, blos weil er seine eigene rechtstreue Gesinnung, wenn auch ostentativ aufgegeben hat, ist nicht zu befürworten. Moralische Defekte, mögen sie auch offensichtlich kund gegeben sein, statt der durch sie erzeugten Gefahr bei Bestrafung des Individuums zum leitenden Gesichtspunkte zu machen, hiesse die Macht des Strafgesetzes zu weit ausdehnen.

Angenommen aber auch, es wäre an sich möglich, die rechtstreue Gesinnung als Angriffsobjekt zu bezeichnen, so müsste doch festgehalten werden, dass der Vorsatz des Täters[1]) sich in letzter Linie nicht auf die Hervor-

des Erbietens zur Teilnahme an einem Verbrechen des Destinatärs. Vergleiche dazu S. 47 ff.

[1]) Vergl. S. 51 ff.

rufung des verbrecherischen Entschlusses, sondern auf einen realen Erfolg richtet; der Entschluss des Anderen ist ihm nur Mittel zum Zweck, bedeutet, von ihm hervorgerufen, nur einen Hilfserfolg für die Herbeiführung der eigentlich gewollten Veränderung. Angriffsobjekt bleibt demgemäss immer dasjenige Rechtsgut, gegen das im Einzelfalle die deliktische Handlung sich richtet.

Verschiedentlich wird auch die Achtung vor den Gesetzen und die Autorität des Staates als Angriffsobjekt der deliktischen Handlungen und damit als Sicherungsobjekt der Normen des § 49a bezeichnet[1]). Aber auch diese Auffassung scheint ungenau; Missachtung des Staatswillens als normerzeugenden Elementes ist jedem Delikte wesentlich. Es ist ja gewiss, dass der Gesetzgeber hier auch den blossen von Folgen nicht begleiteten Ungehorsam strafen will, Ausgangspunkt des generellen Verbotes bleibt aber immer die generelle Gefahr solcher Handlungen und die Wahrnehmung der durch die Schutzbedürftigkeit der Rechtsuntertanen vermittelten Schutzbedürftigkeit der Rechtsgüter und dieses Motiv muss die Richtung angeben, in der man die Schutzobjekte der Normen des Gesetzes zu suchen hat.

III.

Folgerungen.

Aus der Natur der Normen des § 49a als absoluter Verbote ergeben sich wichtige Folgen.

§ 49a erhielt im System des Strafgesetzbuches seinen Platz im Abschnitt „Teilnahme" angewiesen. Diese Einreihung steht damit im Zusammenhang, dass es die eigentliche Absicht des Gesetzgebers war, die versuchte

[1]) So Liszt S. 564; Mayer S. 833; Oppenheim S. 350. Vergl. auch bei Binding Lehrb. S. 839 A. 1.

Anstiftung mit Strafe zu bedrohen und nachdem das Strafgesetzbuch die Anstiftung als Teilnahmehandlung auffasst und behandelt, ward auch das Gesetz vom 26. Februar 1876 dem Teilnahmeabschnitt angegliedert. Jedoch ganz mit Unrecht. Aus der Qualität der Normen des § 49a geht hervor, dass sich die Normübertretung mit der Zuwiderhandlung erschöpft, dass sich der Täter selbständig strafbar macht. Wenn auch an sich die Tathandlungen einen Versuch, rechtswidriges Verhalten auszulösen, enthalten, so kann doch in Ansehung des § 49a von einem solchen nicht gesprochen werden. Ebensowenig darf man die Delikte als Teilnahmehandlungen betrachten, auf welch' letztere nach den Lehren des geltenden Rechts stets fremde Handlung strafbegründend zurückwirkt. Dass sie nicht Teilnahmehandlungen sein können, geht übrigens auch schon daraus hervor, dass sie einen Erfolg nicht voraussetzen. „Jeder Teilnehmer muss etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechens beigetragen haben und zwar lehren dies die Vertreter der objektiven und der subjektiven Teilnahmetheorie, es ist also, wenn ein Erfolg nicht eintritt, eine Teilnahme nicht möglich“[1]). Man wird vielmehr in den Zuwiderhandlungen gegen § 49a delicta sui generis erblicken müssen[2]), die besser und dem System angepasster im speziellen Teil des Strafgesetzbuches ihren Platz gefunden hätten[3]). Für die praktische Behandlung jedoch ist, wenn einmal diese Eigenschaften richtig erkannt sind, die verfehlte Stellung nicht weiter von Bedeutung: „Eine Straf-

---

[1]) Birkmeyer, die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890. S. 21.

[2]) So heute die gem. M. Vergl. E. Bd. 8, S. 229. Olshausen § 49a No. 2. A. M. Schütze Anh. S. 7, § 49a sei eine erweiterte, allgemeine Form der Teilnahme, und Meves S. 334.

[3]) A. M. Mayer S. 243 A. 23.

vorschrift bleibt am Ende doch immer was sie ist, gleichviel, wo man sie hinsystematisiert“[1]).

Aus dieser Selbständigkeit der Delikte folgt noch eine zweite wichtige Tatsache.

Der Gesetzgeber hat dadurch, dass er die sog. versuchte Anstiftung selbständig unter Strafe stellt, dass er, um gewisse Zustände zu schützen, verbietet, fremde auf Beeinträchtigung dieser Zustände abzielende Entschlüsse hervorzurufen, anerkannt, dass der diese Entschlüsse Bewirkende die unliebsame Veränderung durch intellektuelle Tätigkeit zu bewerkstelligen vermag, hat also die Kausalität des Anstifters für den rechtswidrigen Erfolg anerkannt und damit den Täter aus § 49a, im Gegensatze zum Anstifter aus § 48, zum intellektuellen Urheber erhoben.

§ 2.

Begriff und Wesen des Aufforderns, Sicherbietens und Annehmens.

Die zum Gesetze gewordene Fassung des § 49a war nicht diejenige des Entwurfs. Neben anderen Abänderungsvorschlägen beschäftigte sich die Kritik, ausgehend von der eigentlichen Absicht des Gesetzes, die versuchte Anstiftung unter Strafe zu stellen, insbesondere mit dem die als Versuch der Anstiftung sich darstellende Tätigkeit bezeichnenden Ausdrucke. Im Entwurfe der Regierung[2]) hatte „Wer es unternimmt, zu verleiten“ gestanden. Die Kommission, der der Entwurf zur Vorberatung überwiesen wurde, setzte hiefür „Wer es unternimmt, anzustiften“, denn „Verleiten sei zu vieldeutig und zu

[1]) John in H. H. Bd. III, S. 111.

[2]) Sten. B. Bd. III Nr. 54 S. 160.

unsicher. Der Begriff der Anstiftung stehe in Gesetz und Literatur völlig fest und wenn man die erfolglose Verleitung oder Anstiftung zu einem Delikt erheben wolle, sei es geboten, sich streng an die bereits vorhandenen Vorschriften anzuschliessen[1]).

Die Kommission strebte also enge Anlehnung an § 48 an in der Absicht, das Erfordernis des dort genannten Vorsatzes und der angegebenen und vom Richter festzustellenden Mittel der Anstiftung zu garantieren. Es sollte die richtige Erkennung einer verbrecherischen Absicht so besser verbürgt werden als durch den seitens der Regierung vorgeschlagenen Begriff „verleiten“[2]).

Doch auch der Ausdruck „anstiften“ musste wieder weichen, er erschien dem Plenum zu unbestimmt, nicht klar und scharf genug und sollte durch einen „möglichst eng begrenzten aber fasslichen, leicht zu konstatierenden Tatbestand“ ersetzt werden[3]).

Der Ausdruck „Auffordern“ ward als diesen Absichten entsprechend erachtet.

Dass derselbe aber weder eng begrenzt – was übrigens dem Zwecke des Gesetzes widerspräche – noch fasslich und leicht zu konstatieren ist, ausgenommen, man fasst den Ausdruck wörtlich und macht damit das Gesetz für viele Fälle illusorisch, erhellt, wenn man ihn näher betrachtet.

Dass das Wort Auffordern nicht den Charakter eines juristischen terminus technicus hat, sagt schon *Geyer*[4]).

Unter Aufforderung versteht man eine an einen Anderen gerichtete Kundgebung, welche erkennbar dahin abzielt, in jenem den Willen zu einem

[1]) Abg. Dr. v. Schwarze, Sten. B. Bd. II, S. 836.
[2]) Abg. Becker, Sten. B. Bd. II, S. 849.
[3]) Abg. Klöppel, Sten. B. Bd. II, S. 860.
[4]) H. H. Bd. IV, S. 150.

Tun oder Lassen hervorzurufen oder ihn in einem bereits gefassten Entschlusse zu bestärken[1]).

Jede Kundgebung ist Wissens- oder Willenserklärung und ihre Erscheinungsformen können die verschiedensten sein. Dies muss auch für die Aufforderung gelten, das Gesetz gibt in Betreff der Form oder des Mittels derselben keinerlei Vorschriften[2]). Vor allem entspricht dem Begriffe jede direkte mündliche oder schriftliche Erklärung[3]), dass etwas geschehen solle, mag sie nun in einen Befehl, eine Bitte, einen Appell an das Pflichtgefühl[4]), einen Wunsch, einen Rat oder eine Anfrage sich kleiden[5]). Ebenso besteht kein Zweifel, dass auch konkludente Handlungen als auffordernde Kundgebungen im Sinne des § 49a betrachtet werden müssen[6]).

Anders verhält es sich mit allen jenen fremdes Tun zu beeinflussen suchenden Willensäusserungen, die ausserhalb des Gewöhnlichen liegen. Bestimmte, auf jede Möglichkeit sich erstreckende Gesichtspunkte hier aufzustellen ist wohl nicht möglich, man wird dem richterlichen Ermessen einigen Spielraum gönnen müssen[7]), sei es auch auf die Gefahr hin, in das gefährliche Fahrwasser exten-

[1]) Olshausen, § 49a, No. 5a. Oppenhoff-Delius, § 85, No. 20.

[2]) E., Bd. 4, S. 106.

[3]) Auch mit Zuhilfenahme der Presse möglich. Vergl. Binding Lehrb. S. 843. SeuffBl., Jahrgang 1904, S. 572. Die Aufforderung kann also auch öffentlich sein; sie darf jedoch nicht öffentlich vor einer Menschenmenge erfolgen; vergl. §§ 110, 111 StGB. Dabei bleibt sie trotz der Mehrheit der Aufgeforderten immer nur ein Delikt; vergl. E., Bd. 3, S. 145.

[4]) Vergl. GoltdArch. Bd. 24, S. 543.

[5]) Vergl. Witte S. 23. J. W. Bd. 30, S. 600. A. M. Geyer, H. H. Bd. IV, S. 149.

[6]) So die gem. M. A. M. Hälschner I, S. 407. Schwarze, Sächs. Ger.-Zeitg. Bd. XV, S. 301.

[7]) Vergl. R. Bd. 9, S. 743. Olshausen § 49a, No. 5a, Oppenhoff-Delius § 49a, No. 5a.

siver Interpretation gedrängt zu werden — der Zweck des Gesetzes verlangt es.

Das Gesetz ward geschaffen, um den Gefahren entgegen zu treten, welche dem Einzelnen für seine Person und sein Eigentum die Straflosigkeit der misslungenen Anstiftung und des Erbietens zur Begehung von Verbrechen bereitet[1]). Dieser Zweck ist bei der Auslegung des § 49a stets im Auge zu behalten und eine weitgehendste Interpretation des Begriffes „Auffordern" scheint somit auf jeden Fall geboten[2]).

Die Handlung braucht nicht spezieller den Charakter der Aufforderung zu tragen[3]); jede anstiftende Tätigkeit, welche, wäre das ihren Gegenstand bildende Tun oder Lassen, so, wie es dem Willen des Einwirkenden entspräche, zur Ausführung gekommen, denselben als Anstifter aus § 48 haftbar machen würde, ist in den Begriff „Auffordern" einzubeziehen.

Dabei ist zu bemerken, dass der Auffordernde, da sein Vergehen ein rein selbständiges und deshalb auch nur von seinem Standpunkte aus zu beurteilen ist, sich dem Aufgeforderten nicht erkennbar zu machen braucht; für die Beurteilung seiner Tat ist es von keinem Einfluss, ob der, an den seine Aufforderung sich wendet, von des Auffordernden Persönlichkeit die richtige oder eine falsche Vorstellung hat; es wird deshalb ein mit falschem Namen unterzeichnetes Schriftstück, das eine

---

[1]) Sten. B. Bd. III, No. 54, S. 64.

[2]) A. M. Häger, S. 14; Geyer H. H. Bd. IV, S. 149. Geyer ist aber selbst der Ansicht, dass es eine Verletzung der Gerechtigkeit bleibe, „wenn man gerade nur die in einer bestimmten äusseren Form auftretende Anstiftung mit Strafe bedroht, während viel ernster gemeinte, in jeder Hinsicht schwerere Fälle eben nur wegen Mangels jener äusseren Form straflos bleiben".

[3]) So fordert Merkel, S. 151.

Aufforderung enthält, für den Schreiber die Strafbarkeit unbedingt begründen[1]).

Selbstverständlich muss die Aufforderung zur Kenntnis des Aufgeforderten gekommen sein und zwar durch des Auffordernden eigene Tätigkeit, so dass beispielsweise ein diesbezügliches Schreiben, wenn es der Polizei in die Hände fällt, bevor der Adressat davon Kenntnis genommen und letzterem nun erst durch jene der Inhalt zu wissen kommt, eine Bestrafung nicht rechtfertigen würde[2]). An sich wäre es zwar vom Standpunkte des generellen Verbots aus belanglos, ob dem Aufgeforderten eine Kenntnis von der ihm gemachten Zumutung geworden ist oder nicht, denn die Strafbarkeit erschöpft sich, wie schon des öfteren betont, allein in der Person des Auffordernden; es muss jedoch als dem Wesen der Aufforderung eigen verlangt werden, dass sie den, dem sie gilt, dem Willen des Auffordernden entsprechend auch erreiche und sie würde mangels dieser Tatsache rechtlich betrachtet zur blossen Gedankenäusserung – im Gegensatz zu einer Gedankenmitteilung – zusammenschrumpfen.

Es genügt, wenn die fragliche Kundgebung den Willen, widerrechtliche Entschlüsse hervorzurufen, objektiv erkennbar durchblicken lässt[3]).

Ob sie gerade die aufgeforderte Person in diesem Sinne erkannt und aufgefasst hat, ist nicht von Interesse; ihre Auffassung ist ein ausserhalb des Tatbestandes der

---

[1]) Vergl. E. Bd. 36, S. 228. Binding, Lehrb. S. 862.

[2]) Vergl. Olshausen, § 49a No. 6.

[3]) „Jede erkennbare Erklärung des eigenen Wunsches, fremde Handlung auszulösen, ist Aufforderung für den, dem sie gilt". Binding, Lehrb. S. 843. Ebenso E. Bd. 4, S. 106, das ebenfalls nach dem üblichen Sprachgebrauch jede Kundgebung, welche eine Einwirkung auf den Willen Anderer bezweckt, genügen lässt. Ob zwar solche Ausdehnung des Begriffes „Auffordern" dem „üblichen Sprachgebrauch" entspricht, ist fraglich.

Aufforderung liegendes Moment, einer Mitwirkung des Aufgeforderten zur Herstellung des Tatbestandes bedarf es überhaupt nicht. Bereits mit der, wenn auch nur indirekten Erkennbarkeit des Zieles und Zweckes der dem Anderen übermittelten Erklärung ist diejenige Gefahr gegeben, zu deren Verhütung das Gesetz erlassen ist[1]).

Allein von diesem Gesichtspunkte aus ist die Frage zu beantworten, ob eine, die Hervorrufung rechtswidriger Entschlüsse beabsichtigende, nicht in einfachen dürren Worten oder entsprechendem Handeln zum Ausdrucke kommende Tätigkeit als Aufforderung angesehen werden kann.

Die List ist darum nicht prinzipiell als Mittel der Aufforderung zu verwerfen[2]) – es ist beispielsweise leicht möglich, dass Einer dem Anderen eine Wette proponiert, deren Inhalt die Begehung eines Verbrechens bildet[3]). Man wird sogar möglicherweise in der unter dem Scheine des Gegenteils, der Abmahnung[4]) oder Warnung erfolgenden Willensbestimmung, ja selbst in der Erregung oder Beförderung eines Irrtums, soferne sich dieser nicht auf das Verbotensein der Tat, sondern auf das zur Tat bestimmende Motiv bezieht[5]), eine Aufforderung erblicken müssen[6]).

Für die Beurteilung im Einzelfalle mögen allerdings

---

[1]) Vergl. E. Bd. 30, S. 142; Bd. 36, S. 328. Binding, Lehrbuch S. 843; Olshausen § 49a, No. 6, § 110, No. 4a; Frank § 49a, IV, 1. A. M. Geyer, H. H. Bd. IV, S. 152. Haeger S. 24.

[2]) So Olshausen § 49a, No. 5a; Hälschner I, S. 407. Geyer H. H. Bd. IV, S. 151; Merkel S. 151; Witte S. 23.

[3]) Vergl. GoltdArch. Bd. 10, S. 856.

[4]) Vergl. E. Bd. 4, S. 106. Der Rat zur Nichtbefolgung in Verbindung mit der Darlegung des im Falle der Befolgung angeblich zu erwartenden Nachteils wird hier als Aufforderung bestraft.

[5]) Vergl. Hälschner I, S. 402; GoltdArch. Bd. 21, S. 651.

[6]) So auch Binding, Lehrb. S. 843 A. 4.

aus solcher Auslegung Schwierigkeiten erwachsen; es wäre darum wohl besser gewesen, man hätte das Gesetz in der Fassung „Wer es unternimmt, anzustiften" gelassen; einerseits hätte man damit die freie und deshalb vielleicht oft zweifelhafte Auslegung vermieden und andererseits wäre einer zu engherzigen und nicht zweckentsprechenden Interpretation vorgebeugt gewesen; jetzt, bei der dermaligen Fassung des Gesetzes wird aber eine solche zum Schaden der Rechtspflege immer wiederkehren. „Wenn man heute ein Gesetz gibt und es ausserordentlich eng und fest nach allen Seiten beschneidet — morgen und übermorgen kommen sofort Fälle vor, in denen man sich sagen muss, die Raison des Gesetzes passt vollkommen hier, warum hat man dem öffentlichen Rechtsbewusstsein diese Schranke, diese enge Fessel angelegt"?[1]). Diese Worte, gesprochen zu demselben Gesetze anlässlich der Verhandlung über den zu fordernden Gegenstand der Aufforderung, hätte man sich auch hier vor Augen halten sollen.

Wenn man so auch den Begriff des Aufforderns an sich im Grossen und Ganzen mit dem Begriffe des Anstiftens auf eine Stufe wird stellen müssen, so entspringen doch dem Wesen beider so merkliche Unterschiede, dass die Aufforderung schliesslich als die nach Gesetz weitere Tätigkeit erscheint.

Für die Anstiftung ist vor allem der Erfolg, die vom Angestifteten begangene strafbare Handlung, mag sie nun im Setzen des vollen Erfolges oder in blossem strafbaren Versuche bestehen, massgebend; aus ihr wird der Anstifter haftbar gemacht und werden auf ihn zurück die entsprechenden Schlüsse gezogen, der wirkliche Erfolg dient also zum Ausgangspunkt für seine Bestrafung.

Nicht so die Aufforderung; sie darf einen

[1]) Abg. Dr. v. Schwarze, Sten. B. Bd. II, S. 839.

solchen in strafbarer Handlung bestehenden Erfolg gar nicht haben, ja es braucht ihr nicht einmal die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses gelungen zu sein: der gewollte Erfolg ist Anhaltspunkt für die Würdigung der Tat des Aufforderers. Diesem Erfordernisse des Nichtvorhandenseins eines Erfolges entspricht es auch, dass es für die Aufforderung ohne Belang ist, wenn der Wille des Aufgeforderten schon vorher auf Begehung der Tat gerichtet war, während der Begriff der Anstiftung die Erzeugung dieses Willens fordert, so dass der Anstifter, wenn er mit seiner Absicht an einen sog. omnimodo facturus gerät, wenigstens Aufforderer bleibt[1]).

Ebenso ist aus der akzessorischen Natur der Anstiftung zu folgern, dass diese sich an eine oder mehrere vom Anstifter auserlesene und individuell erkennbare Personen gerichtet haben muss, was bei der Aufforderung nicht nötig erscheint[2]). Ein Fall, vom Reichsgericht in diesem Sinne verbeschieden, mag hier erläuternd erwähnt werden[3]).

In verschiedenen Zeitungen war folgendes Inserat erschienen: „Hilfe gegen Blutstockungen. Streng diskret. N. N., Hannover".

Es wurde festgestellt, dass die Absicht des Ankündigenden darauf ging, Personen, die eine Abtreibung planten, die Mittel zur Ausführung anzubieten und sie dadurch, um sich selbst einen Verdienst zu verschaffen, in ihrem Entschlusse zu bestärken, ferner aber auch bei anderen Personen den Entschluss, eine Abtreibung vor-

[1]) Vergl. Olshausen § 49a, No. 5a; Meves S. 332; J. W. Bd. 34, S. 746.

[2]) Vergl. E. Bd. 3, S. 145; Ortloff S. 229. A. M. Mayer S. 240; Geyer H. H. Bd. IV, S. 151; Olshausen § 48, No. 8.

[3]) Vergl. Ortloff, GerS. S. 230; SeuffBl. Jahrg. 1904, S. 572.

zunehmen, hervorzurufen, indem er die Mittel dazu erbot und dadurch die Möglichkeit einer Abtreibung als leicht zu verwirklichende vor Augen führte. Die Verurteilung wegen Vergehens gegen § 49a wurde angefochten, weil das in der Bekanntmachung enthaltene Angebot einer Hilfe gegen Blutstockung mit Zusicherung der Diskretion nicht an eine bestimmte Person gerichtet gewesen sei. Das Reichsgericht hingegen entschied, dass die Frage, ob die Bekanntmachung, um strafbar zu sein, an eine individuell bezeichnete Person gerichtet sein müsste, nur dann zu beantworten wäre, wenn es sich um einen Fall der Anstiftung handelte, was aber bei § 49a, dem die jeder Form der Teilnahme wesentliche akzessorische Natur fehle, nicht der Fall sei.

Wie schon konstatiert, braucht die Aufforderung vom Aufgeforderten nicht als solche erkannt und aufgefasst zu sein, für die Anstiftung ist dies jedoch zu fordern. Die Kausalität des Anstifters für den Entschluss, als dessen Folge der gewordene rechtswidrige Erfolg erscheint, muss nachweisbar sein. Hat der Täter gehandelt, ohne von der vorausgegangenen, anstiftenden Tätigkeit eine Ahnung gehabt zu haben, hat er sie vielleicht nicht verstanden, so ist er auch nicht vom Anstifter „bestimmt“ und seine Tat kann diesem nicht zugerechnet werden; nur als Aufforderer hat er sich wiederum zu verantworten, denn diese Verantwortlichkeit bleibt bestehen, mag seine Aufforderung nun Erfolg gehabt haben oder nicht.

Endlich besteht auch noch ein Unterschied in der Wahl der Mittel der Aufforderung gegenüber denen der Anstiftung.

Dass der erklärte Wunsch oder Wille, einen bestimmten Erfolg herbeigeführt zu sehen, dem Begriffe der Aufforderung entspricht, ist schon dargetan. Diese Eigenschaft aber dem lediglich geäusserten und durch

nichts bekräftigten Wunsche oder Willen auch hinsichtlich der Anstiftung zuzubilligen, halte ich nicht für angängig. § 48 verlangt, dass der Anstifter „durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums „oder durch andere Mittel" bestimmend tätig gewesen sein müsse. Ein „Mittel", also etwas, geeignet dem einfachen Worte Nachdruck zu verleihen, ist für die Anstiftung unerlässlich. In dem blossen Aussprechen kann aber ein „Mittel" nie gefunden werden, wenn man sich nicht zu dem schliesslich überall passenden Mittel der „geistigen Einwirkung" flüchtet, was aber zu allgemein erscheint und kaum zulässig sein dürfte[1]).

Der prozessuale Unterschied, dass bei der Anstiftung das Mittel derselben ausdrücklich festgestellt werden muss, während es bei der Aufforderung einer solchen Feststellung nicht bedarf[2]), sei nebenbei ebenfalls erwähnt.

Man behauptet somit nicht zu viel, wenn man die Aufforderung eine Anstiftung im weitesten Sinne dieses Begriffes nennt und sie als dieselbe umfassend und noch darüber hinausgehend ansieht[3]) und mit Recht wird man die Ansichten, welche, verführt durch engherzige Interpretation, Auffordern als den engeren Begriff bezeichnen[4]), für verfehlt erklären.

---

[1]) Insoferne ist auch die Behauptung bei Ortloff, GerS. S. 226 nicht ganz richtig, die Aufforderung unterscheide sich von der Anstiftung nicht durch den dort angeführten, schliesslich unbegrenzten Mittelgebrauch. Ein Mittelgebrauch ist bei der Aufforderung überhaupt nicht notwendig.

[2]) Vergl. Olshausen § 48, No. 10. A. M. Oetker, GerS. Bd. 64, S. 125 ff.

[3]) So Meves S. 16, S. 332.

[4]) So Schwarze § 49a No. 3; Geyer H. H. Band IV, S. 149; Hälschner I, S. 408; Mayer S. 244 A. 25; Anh. z. Schütze S. 8 und teilweise Häger S. 15 u. Witte S. 23.

Wesentlich einfacher gestaltet sich die Begriffsbestimmung der drei anderen Delikte des § 49a.

Erbieten ist die an Einen oder Mehrere gerichtete Kundgebung, soferne gewisse Bedingungen erfüllt werden, in bestimmtem Sinne tätig werden zu wollen. Was für die Aufforderung gesagt wurde, gilt auch hier[1]): Die Form des Erbietens ist gleichgültig; es kann sich mündlich, schriftlich oder durch schlüssige Handlung vollziehen und muss durch den Täter dem, dem es gilt, zugekommen sein. Ebenso ist nur zu fordern, dass das Angebot als solches anerkannt werden konnte, nicht dass gerade der Oblat es erkannt hat[2]); Konzessionen an die Auffassungsfähigkeit des Einzelnen zu machen, dürfte auch hier nicht im Sinne und Zwecke des Gesetzes liegen. Die Ansicht, dass zum Erbieten die, wenn auch irrtümliche Vorstellung gehöre, dass der andere Teil an der bedingungsweise zugesagten Tat ein Interesse habe[3]), vermag ich nicht zu teilen; was den sich Erbietenden zu diesem Tun bewog und warum er gerade den, dem er sich erboten, hiezu auswählte, muss für die Beurteilung ohne Einfluss sein, die einfache Tatsache, dass er sich zur Verbrechensbegehung erboten hat, genügt zur Bestrafung, sobald das Erbieten ein ernstliches war.

Bei der Annahme ist zwischen jener des Aufforderns und jener des Erbietens zu unterscheiden. Annahme der Aufforderung ist die Kundgebung des Willens, der Aufforderung Folge zu leisten, die Annahme des Erbietens eine Kundgebung des Einverstandenseins mit dem den Gegenstand des Erbietens

[1]) Vergl. S. 19. Das Erbieten kann jedoch auch öffentlich vor einer Menschenmenge geschehen; es wird dieser Fall durch § 111 nicht getroffen.

[2]) Vergl. E. Bd. 36, S. 228.

[3]) So Frank § 49a, IV, 2.

bildenden Vorhaben. Dass man unter Annahme das Eingehen auf die Proposition und nicht die blosse Inempfangnahme und ein nur inneres Einverständnis zu verstehen hat[1]), ebenso dass nur die konkret ergangene Aufforderung oder Offerte Gegenstand der Annahme sein können[2]), ist so selbstverständlich, dass es eigentlich nicht besonders erwähnt zu werden brauchte.

Keinesfalls sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Abschluss von Verträgen massgebend für die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der Annahme im Sinne des § 49a vorliegt[3]).

Dass die Annahme der Aufforderung dem Auffordernden gegenüber abgegeben werden und dem Willen des Annehmenden entsprechend zur Kenntnis jenes gelangt sein müsse[4]), halte ich nicht für erforderlich. Wenn die Kenntnisnahme sich auch als notwendig erweist, um eine Aufforderung als nach jeder Richtung begriffsentsprechend erscheinen zu lassen, für die Annahme der Aufforderung ist das nicht zu behaupten, zumal es praktisch von keinem Werte sein kann, ob der Auffordernde von der Annahme erfährt oder nicht; die Willenserklärung bleibt hier immer dieselbe[5]). Hinsichtlich der Annahme des Erbietens hingegen ist wiederum Kenntnisnahme von

---

[1]) Vergl. Oppenhoff-Delius § 49a, No. 6.

[2]) Nicht ganz richtig Geyer H. H. Bd. IV, S. 155: „Erklärt der Aufgeforderte, er wolle zwar nicht das ihm angesonnene, aber ein anderes Verbrechen begehen, so bleibt er straflos, selbst wenn dieses andere Verbrechen ein schwereres wäre als das, auf welches die Aufforderung ging". Straflos bleibt der Aufgeforderte dabei nicht; die Modifikation der Aufforderung würde als Erbieten zu strafen sein. Vergl. GoltdArch. Bd. 42, S. 122.

[3]) Vergl. J.-W. Bd. 30, S. 600.

[4]) So E. Bd. 26, S. 81. Olshausen § 49a No. 7. Oppenhoff-Delius § 49a No. 14.

[5]) Ebenso Geyer H. H. Bd. IV, S. 155. A. M. E. Bd. 26, S. 81.

Seiten des Anderen zu verlangen, der dieser Annahme innewohnende Anstiftungscharakter spricht dafür[1]).

Aus der Unterlassung einer Zurückweisung darf eine Annahme noch nicht gefolgert werden[2]). Es muss eine annehmende Erklärung oder eine Handlung vorliegen, aus der die Annahmeabsicht gefolgert werden kann, so dass man nach erfolgter Aufforderung in der Vorbereitung zur Begehung oder nach vorausgegangenem Erbieten in der stillschweigenden Zusendung der mit dem Erbieten ausbedungenen Belohnung oder der Mittel zur Ausführung des Verbrechens eine Kundgebung der Annahme wird erblicken dürfen.

Sind Aufforderung beziehungsweise Erbieten mit der Zusage oder dem Heischen von Vorteilen verknüpft, wie es, wie später zu erörtern, unter Umständen zur strafrechtlichen Erheblichkeit des Aufforderns oder Erbietens und demgemäss auch der Annahme notwendig, so wird man die Annahmeerklärung so lange auf diese Vorteile mit beziehen müssen, als sich aus dem Tatbestande nicht positiv Anderes ergibt. Auf keinen Fall braucht die Annahme der Vorteilsgewährung noch besonders stipuliert zu sein[3]).

§ 4.

Zum objektiven Tatbestand.

Vorbemerkung.

Wie schon in der Entstehungsgeschichte hervorgehoben, ist § 49a im Wesentlichen dem belgischen Gesetze vom 7. Juli 1875 nachgebildet. Die vom belgischen

[1]) A. M. Geyer H. H. Bd. IV, S. 156.
[2]) Vergl. Oppenhoff-Delius § 49a No. 6.
[3]) So auch Ortloff, GerS. Bd. 67, S. 233.

Gesetzgeber für nötig befundenen Einschränkungen[1]) bezüglich der strafrechtlichen Relevanz der Akte des Aufforderns, Erbietens und Annehmens kehren dementsprechend auch im deutschen Gesetze wieder; ob sie diesem zum Vorteil gereichen und ob sie überhaupt vom Standpunkte der Gerechtigkeit und Objektivität aus zu rechtfertigen sind, ist eine Frage, die leider verneint werden muss.

An sich stellt das Gesetz, wie schon erwähnt, für die Form des Aufforderns, Erbietens und Annehmens besondere Bedingungen nicht auf. Die Strafbarkeit hingegen knüpft es an bestimmte Voraussetzungen:

„Es wird das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft worden ist".

Ausserdem kann Gegenstand der Aufforderung und des Erbietens nur die Begehung eines Verbrechens oder die Teilnahme an einem solchen sein.

Veranlassung zur Aufnahme der ersteren Einschränkung war die Absicht, der Beweisfrage eine sichere Grundlage zu schaffen und „für die Praxis eine Handhabe zu gewinnen, dass nicht flüchtige und unüberlegte Aeusserungen bereits unter das Strafgesetz gestellt werden müssen"[2]), es sollte durch die Forderung gewisser Garantien böswilligen Denunziationen und leeren Klatschereien ein Damm entgegengesetzt werden[3]).

---

[1]) Toutefois ne seront point punies l'offre ou la proposition simplement verbale, quand elle n'est pas accompagnée de dons ou promesses ou soubordonnée à des dons ou promesses ni l'acceptation de semblable offre ou proposition.

[2]) Abg. Dr. v. Schwarze, Sten. B. Bd. II, S. 836.

[3]) Abg. Marquardsen, Sten. B. Bd. II, S. 1353.

Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber hier die Beweisfrage statt der Begriffsfrage zum Ausgangspunkt macht und dadurch gegen die Logik verstösst[1]), unterliegt es doch keinem Zweifel, dass ein Brief ebenso flüchtig und unüberlegt geschrieben als eine mündliche Aeusserung getan werden kann und dass eine schriftliche Kundgebung überhaupt nicht schon an sich die Vermutung der Ernstlichkeit für sich hat.

Es ist ja gewiss nicht zu leugnen, dass die schwarz auf weiss vorliegende an einen Anderen gerichtete und auf Verbrechensverübung abzielende, wenn erkennbar ernstliche Kundgebung ebenso wie der gewährte und bereits hingegebene Vorteil ein brauchbareres und sichereres Beweismittel bildet als die lediglich durch mündliche Zeugschaft nachzuweisende mündliche Willenserklärung; absolut zuverlässig jedoch sind diese Momente nicht.

In dem nur mündlich versprochenen Vorteil hingegen ist ein taugliches Beweismittel nicht zu ersehen. So gut Denunziation und Klatscherei fälschlich von einem mündlichen Auffordern und Erbieten behaupten können, so gut können sie auch das Versprechen von Vorteilen dem Beschuldigten unterschieben. Die Beweisfrage ist also mit der Voraussetzung der Vorteilsgewährung nur teilweise gefördert, zumal der weitaus häufigere Fall der sein wird, dass der Täter den Vorteil erst in Aussicht stellt mit Zusicherung der Hingabe nach vollbrachter Tat.

Vom strafrechtlich praktischen Standpunkte aus endlich ist die einschränkende Forderung dieser Voraussetzungen geradezu zu verurteilen, da mündlichem Auffordern und Erbieten die Macht des Wortes und der Eindruck der Persönlichkeit oft grösseren Nachdruck

[1]) So Berner, S. 108. Vergl. auch Geyer H. H. Bd. IV, S. 156.

werden zu geben vermögen und besseren Erfolg versprechen als klingende Belohnung, so dass Fälle, in denen die Gefahr rechtswidrigen Verhaltens infolge der direkten vielleicht unwiderstehlichen Beeinflussung gegenüber solchen, in denen ein möglicher Weise kleiner und unbedeutender Vorteil das treibende Moment darstellen soll, bedeutend grösser erscheint, dem Arme der Gerechtigkeit entzogen bleiben.

Trotzdem endlich auch dem die Aufforderung oder das Erbieten Annehmenden billigerweise zugestanden werden müsste, dass auch seine Erklärung, um strafbar zu werden, jener äusseren Merkmale der Ernstlichkeit nicht ermangele, findet sich doch im Gesetz hiefür kein Anhaltspunkt; die Annahme ist in jeder Form strafbar, vorausgesetzt, dass Aufforderung oder Erbieten schriftlich oder aber unter Gewährung von Vorteilen geschahen[1]), soferne die Annahmeerklärung sich auf die Vorteilsgewährung mit bezieht[2]). Warum die gleichviel in welcher Form erfolgte Annahmeerklärung einer mündlichen Aufforderung oder eines mündlichen Erbietens besser wegkommen soll, als dieselbe Handlung, wenn sie sich auf eine schriftliche Aufforderung oder ein schriftliches

---

[1]) Vergl. E. Bd. 26, S. 82. Olshausen § 49a No. 13. Oppenhoff-Delius § 49a No. 12, Meves S. 335. Unrichtig Ortloff, GerS. Bd. 67, S. 233.

[2]) Vergl. S. 29. Dass der die Aufforderung Annehmende, wenn er mit weniger zufrieden ist, als ihm der Auffordernde geboten, in gleicher Weise wegen Annahme strafbar ist, unterliegt keinem Bedenken; nimmt er zwar an, verlangt aber mehr, so ist hierin nicht mehr eine Annahme, sondern ein Erbieten unter Ausbedingen von Vorteilen zu erblicken. Umgekehrt bleibt der das Erbieten Annehmende aus dem gleichen Grunde haftbar, wenn er mehr zu geben verspricht, dagegen wird er zum Aufforderer, wenn er weniger geben will. Letzteres gilt ausserdem für den Fall, dass der sich Erbietende nichts verlangt, dagegen der Annehmende, um ihn zu binden, ihm etwas gibt oder verspricht.

Erbieten bezieht, ist nicht einzusehen und unbedingt als Verstoss gegen das Prinzip der Gerechtigkeit zu bezeichnen.

Die Beschränkung der Strafdrohung auf die Aufforderung und das Erbieten zur Begehung von Verbrechen im engeren Sinne und zur Teilnahme an solchen ward damit motiviert, dass sich ein weitergehendes Bedürfnis noch nicht herausgestellt habe[1]). Auch diese Klausel entspricht, wie die eben besprochene, bei der das Wesen der einzelnen Delikte ignorierenden Einteilung der strafbaren Handlungen nach Strafquanten, wie sie unserem Strafgesetzbuche eigentümlich, weder dem praktischen Bedürfnisse noch den Anforderungen der Gerechtigkeit und wenn man auch nicht gerade die Ausdehnung der Strafdrohung auf jede Handlung, die unter ein Strafgesetz fällt, befürworten kann[2]), so wäre doch ihre Erstreckung auf einzelne Vergehen empfehlenswert gewesen[3]), man wäre so den aus der unrationellen Einteilung der strafbaren Handlungen entspringenden Ungleichmässigkeiten am besten begegnet.

Im Einzelnen ist über die durch die beregten Einschränkungen geschaffenen Voraussetzungen der Strafbarkeit folgendes zu bemerken.

I.

Das Erfordernis der Schriftlichkeit.

Das „lediglich mündlich" ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, wenn sich nicht die Hingabe oder das Versprechen von Vorteilen damit verknüpft, lässt das

[1]) Vergl. Sten. B. Bd. III, No. 54, S. 181.

[2]) So Abg. Windthorst gelegentlich der Beratung des Regierungsentwurfs. Sten. B. Bd. II, S. 857.

[3]) Vergl. Ortloff, GerS. Bd. 67, S. 226.

Gesetz straflos[1]). Der Ausdruck „lediglich mündlich“ ist schlecht gewählt. Eine an das Wort sich klammernde Auslegung wird hieraus folgernd jede symbolische, in Kopfnicken, entsprechender Handbewegung u. s. w. gegebene Erklärung weil nicht „lediglich mündlich“ für den Voraussetzungen des § 49a entsprechend und darum für strafbar erklären[2]).

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und vor Allem des Absatzes 3 spricht jedoch nicht für solche Interpretation.

Dem Entwurfe waren, wie schon gesagt, im Interesse leichteren Nachweises des Erfordernisses der Ernstlichkeit die Worte hinzugefügt worden: „Wer schriftlich oder unter der Gewährung von Vorteilen . . . . auffordert“. In dritter Beratung wurde diese Fassung dahin abgeändert, dass man an Stelle des schriftlichen Aufforderns oder Erbietens das „lediglich mündlich ausgedrückte“ setzte, „um das so viel angefochtene Wort „schriftlich“ zu entfernen“[3]).

Diese Aenderung sollte nach dem Antrage nur eine redaktionelle Umgestaltung des Beschlusses zweiter Beratung sein und die Auslegung wird daher mit Recht im lediglich mündlich ausgedrückten Auffordern oder Erbieten nur den Gegensatz zum schriftlichen sehen, konform der Gepflogenheit des täglichen Lebens, die, wenn von einer mündlichen Mitteilung im Gegensatz zu einer anderen Mitteilungsform gesprochen wird, unter

---

[1]) Falsch z. B. Scheiff, das Dynamitgesetz S. 61: „An sich wäre übrigens die ganze Bestimmung des § 10 (des Sprengstoffgesetzes) nicht notwendig gewesen, da nach § 49a des Strafgesetzbuches jede Art der Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens bestraft wird“.

[2]) So Meyes S. 339; Hälschner I, S. 411; Geyer H. H. Bd. IV, S. 157; Anhang z. Schütze S. 10.

[3]) Abg. Marquardsen, Sten. B. Bd. II, S. 1352.

dieser anderen nur die Schrift versteht[1]) und wird demgemäss nur die in letztere Form gekleideten Akte für erheblich erklären, jede durch konkludente Handlung und überhaupt noch einfacher denn mündlich erfolgende Kundgebung hingegen der mündlichen Aeusserung gleich erachten, schon um der im Gesetze so sehr in den Vordergrund gerückten Beweissicherheit willen, da Auffordern und Erbieten nur durch konkludente Handlung erfolgend noch weniger die Präsumption der Ernstlichkeit für sich haben als das gesprochene Wort und überdies durch Missverständnisse und fälschliche Deutung hier grosses Unheil angerichtet werden könnte[2]).

Diese durch die Entstehungsgeschichte gebotene und von der Logik im Interesse der Vermeidung absurder Resultate zu fordernde Auslegung hat jedoch auch ihre grossen Nachteile. Ein mündliches Auffordern, mag seine Wirksamkeit auch durch Repressalien, z. B. durch Androhen von Nachteilen[3]) verstärkt und so die Gefahr rechtswidrigen Verhaltens seitens des Aufgeforderten bedeutend vergrössert, mag seine Ernstlichkeit noch so überzeugend nachgewiesen sein – der Auffordernde hat vielleicht durch Hingabe der Mittel zur Verübung des Verbrechens seine deliktische Absicht unumstösslich dokumentiert – kann nicht bestraft werden – die Aufforderung geschah ja weder schriftlich noch unter Gewährung von Vorteilen[4]).

Wenn der A brieflich seiner schwangeren Geliebten

---

[1]) So E. Bd. 3, S. 30.

[2]) So die gem. M. Olshausen, § 49a No. 11; Oppenhoff-Delius, § 49a No. 12; Binding, Lehrb. S. 868; Oetker, GerS. Bd. 64 S. 111; Witte S. 34; Seuffert, Anarchismus S. 126.

[3]) Es könnte dies allerdings event. als Nötigung in Betracht kommen. Vergl. Binding, Lehrb. S. 868 A. 7.

[4]) Ebenso E. Bd. 3, S. 30; Bd. 6, S. 45; Olshausen, § 49a No. 14. Oppenhoff-Delius, § 49a No. 12.

die Adresse einer Person verrät, von der er gehört habe, dass sie in solchen Fällen helfen könne und dass er sichs gerne etwas kosten liesse, um die fatale Geschichte aus der Welt zu schaffen, so kann er wegen Aufforderung bestraft werden; übergibt er dem Mädchen persönlich unter genauer Exemplifikation der Anwendung die Abtreibungsmittel, so bleibt er, vorausgesetzt, dass das Mädchen auf seine Proposition nicht eingeht, straffrei[1]). Wo hier die Gefahr, dass ein Verbrechen verübt werde, grösser ist, bedarf keines Beweises.

Solche Konsequenz würde nun allerdings vermieden, wenn man den Ausdruck „lediglich mündlich" ganz wörtlich nähme, denn dann würde jedes zur einfachen Aeusserung irgendwie hinzutretende verstärkende Tun unter die Strafdrohung des Gesetzes fallen[2]).

Dass man sich aber zu solcher Auffassung nicht versteigen kann und darf, ist bereits gesagt worden; man wird sich gefallen lassen müssen, dass in Fällen, wie der angezogene, das Gesetz versagt.

Eine teils mündliche, teils schriftliche Kundgebung entspricht durchaus den Voraussetzungen und wird somit strafbar; dem Erfordernisse der Schriftlichkeit ist genügt, wenn auch nur eine, vielleicht im Verhältnis zum Ganzen nebensächliche Mitteilung, die jedoch direkt mit der beabsichtigten Tat im Zusammenhange steht, in Schriftform erfolgt[3]).

Es ist nicht notwendig, dass die schriftliche Willensäusserung vom Täter selbst zu Papier gebracht ist, so-

[1]) Vergl. E. Bd. 3, S. 30.

[2]) Aehnlich v. Liszt S. 572: „Den Gegensatz (zum lediglich mündlich ausgedrückten Auffordern oder Erbieten) bildet nicht nur das schriftliche, sondern jedes auf irgend eine Weise verstärkte Auffordern oder Erbieten, welches die Ernstlichkeit des Entschlusses unzweifelhaft erkennen lässt"

[3]) Vergl. E. Bd. 36, S. 228; Olshausen, § 49a No. 11; Oppenhoff-Delius § 49a No. 12. Meves S. 339. Witte S. 36.

ferne nur erhellt, dass sie von ihm ausgeht; ebenso braucht sie nicht Jedermann verständlich zu sein; auch eine chiffrierte, überhaupt jede in bleibende Gedankenzeichen gekleidete Erklärung entspricht dem Erfordernisse der Schriftlichkeit, insbesondere kann man einem Telegramm[1]) unbedenklich diese Eigenschaft zugestehen.

Einer Kundgebung durch bildliche Darstellung hingegen, mag sie auch in genügender Bestimmtheit die Tat erkennen lassen, wird man sie versagen müssen, da ihr das Charakteristikum der Schriftlichkeit, die Einkleidung in bleibende Gedankenzeichen, fehlt[2]).

II.

Das Erfordernis der Vorteilsgewährung.

„Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft worden ist".

Auch diese Fassung ist nicht gut. Wird der sich Erbietende Vorteile gewähren? Nein. Sie werden ihm nur gewährt werden, er kann sich solche höchstens ausbedingen, kann sein Handeln von der Gewährung von Vorteilen abhängig machen. Man wird das Gesetz auch ohne weiteres in diesem Sinne verstehen müssen[3]).

Unter „Gewährung" hat man nicht nur die sofortige Realisierung zu begreifen. Der Vorteil braucht nur versprochen — nicht durch Darbietung einer Sicherheit garantiert[4]) — oder in solcher Weise in Aussicht gestellt

---

[1]) Vergl. Binding, Lehrb. S. 868.
[2]) A. M. Seuffert, Anarchismus S. 126.
[3]) Vergl. E. Bd. 26, S. 420. Olshausen, § 49a No. 16.
[4]) Vergl. Olshausen, § 49a No. 16.

worden zu sein, dass dadurch die Ernstlichkeit des Willens des Auffordernden unzweifelhaft erscheint[1]).

Man fasst den Ausdruck „gewähren“ im Sinne von „zusagen“ auf; wann dabei die Verwirklichung der Zusage als vor sich gehend gedacht ist, ob vor der Tat schon gelegentlich der Abmachung oder erst nach derselben, ist gleichgültig.

Auch die Entstehungsgeschichte befürwortet diese Annahme, denn der ursprüngliche Wortlaut „oder unter Gewährung oder dem Versprechen von Vorteilen“ ward lediglich aus redaktionellen Gründen durch die jetzige Fassung ersetzt[2]).

Vorteil im Sinne des Gesetzes ist jede erwünschte, wenn auch nur vorübergehende Veränderung der gegenwärtigen Lage; es ist also, schon im Hinblick auf den Zusatz „irgend welcher Art“, dessen sich das Gesetz bedient, um jede einschränkende Auslegung hintanzuhalten, der Ausdruck nicht in dem spezifischen Sinne blosser Vermögensvorteile zu verstehen, wie ihn das Strafgesetzbuch sonst gebraucht[3]), es ist vielmehr jede Art materieller und ideeller Vorteile, beispielsweise auch ein Heiratsversprechen[4]), die Inaussichtstellung angenehmerer Lebensbedingungen in Gestalt längerer Schlafenszeit hierherzuzählen[5]).

Nicht ist deshalb erforderlich, dass der Vorteil objektiv messbar sei, dass er nur eine Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage soll bezielen können. Man wird vielmehr, ausgehend von dem Grundsatze, dass das Gebotene in den Augen des Offerenten einem

---

[1]) Vergl. R. Bd. II, S. 153; E. Bd. 15, S. 359.
[2]) Vergl. Olshausen, § 49a No. 16.
[3]) Vergl. Olshausen, § 49a No. 15. A. M. v. Schwarze, § 49a No. 9.
[4]) Vergl. E. Bd. 3, S. 63.
[5]) Vergl. E. Bd. 15, S. 359.

Wunsche des Oblaten entgegenkommen soll, sogar die Gestattung oder das Versprechen des Beischlafs als Vorteilsgewährung im Sinne des Gesetzes anerkennen dürfen[1]).

Der ein Tatbestandsmerkmal des § 49a bildende Vorteil und jener, der als angestrebt die Straftat wegen gewinnsüchtiger Absicht vielleicht erst zum Verbrechen, das allein Gegenstand der Tathandlungen des § 49a sein kann, steigert[2]), kann ein und derselbe sein; dass in solchem Falle zu einem Verbrechen aufgefordert wird, ist zweifellos, der zugesagte Vorteil macht die Tat dazu; ebenso zweifellos ist aber auch, dass eben dieser Vorteil zum Tatbestandsmerkmal des § 49a werden muss[3]).

Durch die Gewährung des Vorteils soll die Lage desjenigen, dem er gewährt wird, eine bessere werden, als sie gegenwärtig ist – die Hingabe der Mittel zur Verbrechensverübung oder das Versprechen, die Entdeckung zu vereiteln oder dem Täter zur Flucht zu verhelfen, kann darum nicht als Vorteilsgewährung angesehen werden[4]).

Nicht aber der Oblat, sondern der Offerent muss die in Aussicht gestellte Lage für eine bessere halten; dass der Offerent der Meinung war, das, was er zusagte, könne in seiner Verwirklichung als in den Augen des Anderen geeignet zur Herbeiführung einer vorteilhafteren Situation erscheinen, ist wesentlich. Darum müssen nur nach Ansicht des Täters die Vorteile derart sein, dass ihre Gewährung die Entschliessung des Anderen zu bestimmen vermag. Hierin, in dem Bestreben, durch Darbietung der Gelegenheit zur

[1]) So E. Bd. 9, S. 116 hinsichtlich des § 332 StGB.; Seuffert, Anarchismus S. 127; J. W. Bd. 16, S. 400. A. M. Binding, Lehrb. S. 869.

[2]) Vergl. Olshausen, § 49a No. 17.

[3]) Vergl. E. Bd. 18, S. 145; Bd. 28, S. 24; SeuffBl. Bd. 66, S. 158. Olshausen, § 49a No. 15.

[4]) Vergl. E. Bd. 3, S. 30; Bd. 22, S. 95; Olshausen, § 49a No. 15.

Verbesserung der materiellen Lage den verbrecherischen Willen des Anderen zu erwecken und zu fördern und menschliche Gewinn- oder Genusssucht als Bundesgenossen in der Verfolgung seiner unlauteren Absichten zu benützen, liegt für den Versprechenden das Merkmal der Ernstlichkeit, nicht, wie das Reichsgericht gelegentlich annahm[1]), in seiner Bereitwilligkeit, für die Realisierung seiner Wünsche irgendwelche Opfer zu bringen, denn es ist ganz ohne Bedeutung, ob der Täter die Verwirklichung seiner Zusage selbst für möglich hielt, ob er überhaupt beabsichtigte, sein Versprechen zu halten, oder ob er nie im Ernst daran dachte, nach vollbrachter Tat auch nur für eines Pfennigs Wert hinzugeben[2]). Aus dem gleichen Grunde kann es keine Rolle spielen, ob der Aufgeforderte den Vorteil überhaupt als solchen ansieht oder ob die Zusage gerade geeignet ist, die Fassung rechtswidriger Entschlüsse zu begünstigen und ist die Behauptung von *Meves*[3]) und *Witte*[4]), dass der versprochene Vorteil zu den persönlichen Verhältnissen des Auffordernden und zu der Schwere des zu verübenden Verbrechens in einem solchen Verhältnis stehen müsse, dass er nicht ganz ungeeignet scheint, den Willen des Aufgeforderten zu beeinflussen und für diesen noch den Charakter des Vorteils zu haben, zurückzuweisen.

[1]) E. Bd. 10, S. 4.

[2]) Vergl. R. Bd. IX, S. 191. Das Reichsgericht widerspricht sich hier; wenn es anerkennt, dass der Versprechende gar nicht daran zu denken braucht, sein Versprechen zu halten, so ist doch damit gesagt, dass beim Versprechen von Vorteilen die Opferbereitschaft nicht als Merkmal der Ernstlichkeit aufgefasst werden kann. Demselben Widerspruch verfällt Simonson S. 7 und 9. Nach letzterem müsste für den Fall, dass der Täter blos zum Schein verspricht, die Ernstlichkeit anderweitig nachgewiesen werden.

[3]) S. 340.

[4]) S. 39.

Demgemäss genügt schon die Hingabe eines, wenn auch geringen Drangeldes oder das unbestimmte Versprechen „etwas zu geben“ – die Ernstlichkeit der Absicht ist durch den Versuch, den Anderen mit einem Versprechen zu ködern, erwiesen und die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind in dieser Richtung vorhanden[1]).

Dass gegebenen Falles die Grösse des gebotenen oder geforderten Vorteils trotzdem einen Anhaltspunkt für die Ernstlichkeit der inkriminierten Handlung bieten kann, ist dadurch natürlich nicht ausgeschlossen; dass die aufgestellten Grundsätze nicht zu Absurditäten führen, wird die freie richterliche Beweiswürdigung verhindern[2]).

Der Vorteil muss, wie das Gesetz sagt, „gewährt“ werden. In dem Worte „gewähren“ liegt, dass er den Charakter einer Leistung haben und durch fremde, nicht durch des Verbrechers eigene Tätigkeit erlangt werden muss. Es ist deshalb von einem Vorteil im Sinne des § 49a nicht die Rede, wenn der Gewinn mit der Verbrechensverübung in direktem Zusammenhang stehend durch das deliktische Tun selbst erworben wird; der Vorteil muss vielmehr eine von der Verbrechensverübung unabhängige Natur haben[3]).

Wenn Aufforderung oder Erbieten auf Mittäterschaft sich beziehen und eine Partizipierung am Verbrechensgewinn versprochen oder ausbedungen wird, dann mangelt diese selbständige Natur, denn es liegt schon im Wesen der Mittäterschaft, dass der Gewinn den Tätern gemeinsam zufällt, wenn nicht vielleicht der eine Täter zu Gunsten des anderen auf seinen Anteil verzichtet.

---

[1]) E. Bd. 6, S. 2, S. 67.

[2]) Wobei der Beweis jedoch nicht vom, sondern dem Täter zu führen ist; vergl. Oppenhoff, § 49a No. 14; A. M. Meves, S. 340.

[3]) Vergl. E. Bd. 10, S. 4; GoltdArch. Bd. 25, S. 602. Merkel, S. 151.

Für die Beihilfe dagegen, bei welcher die Früchte der Tat der Haupttäter erntet, ist die Zusage eines Anteils an den Gehilfen ein Vorteil im Sinne des § 49a zu nennen, denn der Gewinn wird diesem vom Täter zugewendet[1]).

Aus dem Umstande, dass über das ganze Erfordernis der Vorteilsgewährung Näheres nicht bestimmt ist, ist endlich auch zu folgern, dass es für den Tatbestand eine Bedeutung nicht hat, von wem die den Vorteil bildende Leistung vorgenommen werden soll; nicht notwendig muss dies der Zusagende selbst sein, es kann ihm vielmehr ein Gehilfe in Gestalt des den Vorteil Realisierenden zur Seite treten, der Zusagende braucht nicht einmal für die Erfüllung einzustehen[2]).

Ebenso braucht nicht bestimmt zu sein, wem der Vorteil zufliessen soll[3]), obzwar wohl der Oblat, wenigstens nach Ansicht des Offerenten ein Interesse daran haben soll, wer, wenn nicht er selbst, des Vorteils teilhaftig wird.

III.

Das Erfordernis der Verbrechensqualität.

Die Aufforderung und das Erbieten sowie beider Annahme können nur die Begehung eines Verbrechens sowie die Teilnahme an einem solchen zum Gegenstande haben[4]).

Für die Beurteilung, ob ein Tatbestand ein Verbrechen sei, ist das Strafgesetzbuch massgebend: Die in Aussicht genommene Veränderung in der Rechtswelt

---

[1]) Olshausen, § 49a No. 17. Oppenhoff-Delius, § 49a No. 13. Ortloff, GerS. Bd. 67, S. 234; Simonson, S. 10.

[2]) R. Bd. II, S. 153. Oppenhoff-Delius, § 49a No. 13.

[3]) Olshausen, § 49a No. 16.

[4]) An wem das Verbrechen begangen werden soll, ist gleichgültig. Vergl. Binding, Lehrb. S. 863.

muss eine derartige sein, dass der, welcher sie vornähme, mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bestraft würde[1]). Dabei sind auch jene Fälle mit einzubeziehen, in denen die Tat erst infolge besonderer Umstände von einer der genannten Strafdrohungen betroffen wird, in denen also das für den Regelfall vorgesehene Strafmass irgendwelche Veränderung erleiden würde dadurch, dass eines der im Gesetze besonders hervorgehobenen zum einfachen Tatbestande hinzutretenden Momente, welche die Strafe erhöhen und dadurch die Klassifizierung beeinflussen, sei es, dass es sich aus der eigenen Person des Verbrechenstäters herleitet, sei es, dass es anderweitig dem Tatbestande sich angliedert, bei dem das Verbrechen auszuführen Bestimmten vorläge.

Anderer Meinung ist hier *Meves*[2]), der die Verbrechensqualität auf Grund persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse des Aufgeforderten oder sich Erbietenden nicht gelten lassen will. Es gehört jedoch meines Erachtens gerade die Verletzung jener Pflichten, deren Vorhandensein den Gesetzgeber zu der höheren Strafdrohung veranlasst, mit zu dem Erfolge, den der Auffordernde herbeizuführen sucht und es sind deshalb jene Umstände auch ihm zuzurechnen[3]).

Der so gewonnene Tatbestand ist ohne weitere Berücksichtigung desjenigen, der das Verbrechen

[1]) § 1 StGB.

[2]) S. 334.

[3]) Insoweit ist demnach in Ansehung des § 49a der § 50 zu berücksichtigen; Voraussetzung ist dabei, dass der Auffordernde oder der das Erbieten Annehmende die besonderen Umstände kannte. Vergl. S. 60 f. Auf den Täter aus § 49a selbst ist § 50 nicht anwendbar, denn abgesehen davon, dass die Aufforderung zum Verbrechen das Vergehen des § 49a erst begründet und nicht etwa straferhöhend oder strafmindernd wirkt, spricht § 50 nur von Teilnehmern und zu diesen gehört, wie schon nachgewiesen, der Täter aus § 49a nicht. Vergl. Olshausen, § 49a No. 9.

ausführen soll, als Tatbestandsmerkmal des § 49a objektiv zu verwerten; denn die oben genannten Strafquanten geben lediglich einen Massstab an, nach welchem rechtsgüterverletzende Handlungen hinsichtlich ihrer strafrechtlichen Erheblichkeit beurteilt werden sollen und dieser gleiche Massstab soll angelegt werden, wenn es sich darum handelt, zu bemessen, ob eine Aufforderung oder ein Erbieten zur Vornahme eines bestimmten Tuns unter das Strafgesetz des § 49a fällt oder nicht.

In diesem Sinne allein ist der Ausdruck „Verbrechen" hier aufzufassen. Es ist darum auf die Qualifikation der Handlung ohne Einfluss, wenn neben den massgebenden Strafen noch alternativ eine andere Strafart oder überhaupt keine Strafe für den Fall des Vorhandenseins mildernder Umstände angedroht ist, ebensowenig als es interessiert, ob das Reichsstrafgesetzbuch oder ein anderes Reichsgesetz ihren Verbrechenscharakter festlegt und ob die Tat im Inlande oder im Auslande begangen werden soll, auch wenn sie nach den dortigen Gesetzen nur zu den Vergehen zählte[1]).

Die letztere Frage ist nebenbei von Wichtigkeit hinsichtlich der Strafzumessung und deshalb auch von der praktischen Seite aus in obigem Sinne zu beantworten.

§ 49a gibt zwei Strafrahmen an, je nach der Schwere der geplanten Tat, bemessen nach der Höhe der angedrohten Strafe; bei Strafdrohungen, die das Ausland aufstellt, können die Strafrahmen ganz abweichende und von wesentlich anderen Gesichtspunkten aus gewählte sein, es würde sich also schon im Interesse einheitlicher und gerechter Anwendung des Gesetzes nicht empfehlen, einer Rücksichtnahme auf fremde Gesetzgebung das Wort

[1]) Vergl. E. Bd. 37, S. 45. Olshausen, § 49a No. 9. Rüdorff-Stenglein, § 49a No. 7. Binding, Lehrb. S. 865. A. M. Oppenhoff-Delius, § 49a No. 10.

zu reden. Die Entscheidung der Frage aber, welcher von den beiden Strafrahmen in Anwendung zu kommen habe, lediglich von der grösseren oder geringeren Schwere der Strafe, mit der die ausländische Gesetzgebung das Verbrechen bedroht, abhängig zu machen[1]), wäre zu formlos, denn es ist nicht einzusehen, wo man hier die Grenze ziehen könnte und dürfte.

Das den Gegenstand der deliktischen Handlung aus § 49a bildende, in Aussicht genommene Verbrechen kann auch ein militärisches sein. § 2 des Militärstrafgesetzbuches bestimmt, dass diejenigen Vorschriften, welche nach den Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, auch auf militärische Verbrechen und Vergehen Anwendung finden sollen.

Der Kreis der Verbrechen ist nach Militärstrafgesetzbuch aber ein weiterer: Zu den vom Reichsstrafgesetzbuche als Verbrechen gekennzeichneten strafbaren Handlungen tritt hier noch die mit Gefängnis von mehr als fünf Jahren bedrohte Straftat. Es unterliegt nun gemäss dem klaren Wortlaute des Gesetzes keinem Zweifel, dass hier eine derart mit Gefängnis von mehr als fünf Jahren belegte Handlung auch hinsichtlich des § 49a als Verbrechen zu gelten hat[2]).

Dass die Aufforderung die Tat, deren Begehung gewollt ist, wörtlich oder ausdrücklich bezeichne, ist nicht erforderlich; die Handlung, zu welcher aufgefordert wird, muss zwar schon in derjenigen Gestaltung, in welcher sie in der Aufforderung erscheint, die Merkmale eines Verbrechens enthalten, aber es genügt, wenn der Auf-

[1]) So Oppenhoff-Delius, § 49a No. 17.

[2]) So die gem. M. Vergl. Olshausen, § 49a No. 9. Hecker, S. 86 und GoltdArch. Bd. 30, S. 140. Koppmann, die Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten. München 1903. S. 64.

geforderte aus der Aufforderung ersehen konnte oder musste, was von ihm gefordert wird, wobei, wenn mehrere Möglichkeiten vorliegen, nur festgestellt zu werden braucht, dass zu dem einen oder dem anderen Verbrechen aufgefordert worden ist[1]).

Ob das Delikt noch gänzlich bevorsteht oder ob die Aufforderung der Fortsetzung eines begonnenen aber noch nicht vollendeten Deliktes gilt, begründet ebenfalls keinen Unterschied.

Eine von vornherein auf einen Versuch gerichtete Aufforderung ist nicht denkbar.

Die Aufforderung muss die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes eines Verbrechens durch den Aufgeforderten, also die Vollendung wollen; nicht Vollendung sondern Versuch liegt vor, wenn die Ausführung der Tat begonnen hat, der gewollte Erfolg aber wider Willen nicht eingetreten ist; ein Versuch kann darum nie vorher gewollt sein[2]). Trotzdem also die Verbrechensversuche regelmässig selbst wiederum Verbrechen sind, scheiden sie doch für den § 49a aus[3]).

Die neben dem Verbrechen ebenfalls verpönte Teilnahme an einem solchen als Gegenstand der Aufforderung kann nur dann den Voraussetzungen des § 49a genügen, wenn sie selbst als Verbrechen im Sinne des Gesetzes sich charakterisiert, was nicht ohne weiteres bei jeder Teilnahme der Fall; beispielsweise braucht Teilnahme an einem Rückfallsdiebstahl nicht ebenfalls Diebstahl und damit Verbrechen zu sein.

---

[1]) Vergl. E. Bd. 23, S. 352; GoltdArch. Bd. 42, S. 25; J. W., Jahrgang 1896, S. 531; Olshausen, § 49a No. 8; Meves, S. 332.

[2]) Vergl. Finger, S. 531.

[3]) Die Frage, wie eine Aufforderung zum Versuch am untauglichen Objekt oder mit untauglichen Mitteln hier zu würdigen ist, wird gelegentlich der Behandlung des Einflusses des Irrtums zu erörtern sein. Vergl. S. 64 f.

Es erhellt aus den Motiven, welche, weil sich ein weitergehendes Bedürfnis nicht herausgestellt habe, die Beschränkung auf Tatbestände reiner Verbrechensnatur befürworten, dass das Gesetz auch tatsächlich nur für diese Fälle verstanden und angewendet sein will, dass also § 49a nur solche Tatbestände treffen kann, die zu einem in Alleintäterschaft oder Teilnahme bestehenden Verbrechen im engeren Sinne auffordern.

Die Verbrechensqualität der Teilnahme vorausgesetzt, kann diese Anstiftung oder Beihilfe sein. Das Strafgesetzbuch hat zwar im Abschnitt „Teilnahme" auch die Mittäterschaft und die Delikte des § 49a verzeichnet, da man jedoch unter Teilnahme nur die Beteiligung an der von einem Anderen begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung[1]) zu verstehen hat, die Mittäterschaft aber gemeinsamen verbrecherischen Willen und gemeinsame Ausführung voraussetzt und jedes in Mittäterschaft begangene Verbrechen jedem der ausführenden Teilnehmer ganz zugerechnet wird, so hat die Mittäterschaft hier insoferne auszuscheiden, als die Aufforderung oder das Erbieten zu derselben nicht vom Gesichtspunkte der Teilnahme sondern von dem der Begehung des Verbrechens selbst aus zu bestrafen ist.

Dass § 49a selbst mit Teilnahme nichts zu tun hat, steht längst fest und es hat dieser deshalb hier gänzlich unberücksichtigt zu bleiben.

Es begründet keinen Unterschied, wenn der Auffordernde das Verbrechen selbst als Täter begehen will und hiezu Mittäter oder Gehilfen zu gewinnen sucht.

Binding[2]) will den Aufforderer aus der Reihe der möglichen Täter des Verbrechens, zu dem aufgefordert

[1]) Vergl. v. Liszt, S. 225.
[2]) Lehrb. S. 64 f.

wurde, ausgeschieden wissen und führt zur Begründung Folgendes an:

„Denkt man sich, dass Jemand zur Teilnahme an einem von ihm geplanten Raubanfall fünf Personen erfolglos angegangen, schliesslich aber den Raub allein verübt hätte, so würde er nach dieser Auslegung (dass der Aufforderer selbst Täter sein kann) wegen Raubes und fünf Aufforderungen gemäss § 49a in realer Konkurrenz zu verurteilen sein; hätte er aber alle fünf zu Mittätern genommen, so fielen die fünf Delikte des § 49a weg, ihn träfe nach § 47 ausschliesslich die Täterstrafe".

Dieses Ergebnis nennt *Binding* unsinnig und ungerecht; dem ist schliesslich auch nicht zu widersprechen. Die Ungerechtigkeit liegt aber hier meines Erachtens darin, dass die verschiedenen Formen der Willenseinigung für den Begriff der Mittäterschaft unerheblich sind und dass demzufolge den spiritus rector einer gemeinsam ausgeführten Straftat ebenfalls nur die Täterstrafe treffen kann.

Was nach StGB. im allgemeinen über die Anstiftung gilt, dass Bestimmungen gegen die Anstifter jenen subsidiär sind, die sich gegen die Täter richten und dass, wenn der Anstifter nachträglich die Handlung, zu der er angestiftet hat, selbst vornimmt oder an dem von ihm angestifteten Verbrechen selbst als Mittäter sich beteiligt, er nur als Täter, nicht als Anstifter und Täter behandelt wird[1]), gilt hier nicht. Die mit der Anstiftung in keiner Beziehung identische Aufforderung steht als delictum sui generis hier der eigenen Straftat selbständig wie irgend ein anderes Delikt, das der Täter vielleicht ausserdem noch begangen hat, zur Seite und lässt die eben erwähnte, den Grundsätzen des Strafgesetzbuches allerdings mehr entsprechende Behandlung nicht zu.

[1]) Vergl. Finger, S. 352.

Dass also in dem genannten Falle neben der Strafe des Raubes den Täter noch die Strafe aus § 49a trifft, ist, nachdem das letztere Gesetz nun einmal existiert, durchaus am Platze, denn der Raub sowohl, als jede einzelne Aufforderung sind selbständige Delikte. Gerade vom Standpunkte *Bindings* aus, der den Täter aus § 49a wegen Angriffs auf die rechtstreue Gesinnung Anderer strafen will, scheint die Ahndung des Verbrechenstäters auch aus § 49a besonders gerechtfertigt, denn dass der, welcher einen Anderen zur Teilnahme an einem Raubanfall zu animieren sucht, gegen dessen rechtstreue Gesinnung operiert, steht doch ausser allem Zweifel. „Deutet man" so fährt *Binding* fort „die Aufforderung zur Teilnahme in § 49a als Aufforderung auch zur Teilnahme am eigenen Verbrechen, so würde er besagen, dass bei allen „Verbrechen" nicht nur die gelungene sondern schon die versuchte Komplottbildung, nicht nur die gelungene sondern auch schon die versuchte Werbung eines Gehilfen unter selbständige Strafe treten sollten und zwar für beide Teile! Damit aber wären die §§ 48 und 49 einfach auf den Kopf gestellt".

Dass der Gesetzgeber sich mit § 49a sehr dem Gebiete des Komplotts nähert, wird vielfach anerkannt und dass in der Handlung desjenigen, der einen Anderen zum Mittäter zu werben sucht, an sich der Versuch der Komplottbildung liegt, dürfte wohl richtig sein. Es ist dies aber nicht der Strafgrund. Komplott ist die Verabredung mehrerer zur Begehung eines oder mehrerer Verbrechen[1]). Wenn Einer den Anderen zur Mittäterschaft auffordert und dieser nimmt die Aufforderung an, so ist damit wohl ein Komplott zustande gekommen, die Strafe tritt aber nicht dieser Willenseinigung halber ein, sondern sie erwächst für Jeden gesondert, für den Einen

[1]) Vergl. v. Liszt S. 218.

nur wegen der Aufforderung, nicht wegen seiner eigenen zum Begriffe des Komplotts gehörigen Absicht, selbst verbrecherisch tätig zu werden und überhaupt ohne Rücksicht auf die weitere Wirksamkeit seiner Erklärung, und für den Anderen wegen der Annahme der Aufforderung, ebenfalls ohne Rücksicht auf die näheren Umstände. Im Effekte bleibt es sich allerdings gleich und es ist *Binding* darum Recht zu geben, wenn er behauptet, dass der Gesetzgeber hier auf dem Umwege über den § 49a eigentlich, wenn auch ohne dies zu wollen, zur Bestrafung der Komplottbildung und des Versuchs dazu gelangt.

Deswegen jedoch den Auffordernden oder den das Erbieten Annehmenden, wenn er selbst sich am Verbrechen als Täter zu beteiligen gedenkt, aus der Reihe der möglichen Täter aus § 49a auszuschliessen, halte ich dem Wortlaute und der Selbständigkeit des § 49a gegenüber nicht für angängig. Aus dem gleichen Grunde dürfte auch das Werben eines Gehilfen für die eigene Tat hier nicht ausgeschieden werden können, denn ob man zu eigenem oder fremdem Verbrechen einen Gehilfen zu gewinnen sucht, ist in Ansehung der selbständigen Natur der Aufforderung ebenfalls gleichgültig[1]).

Die Teilnahme braucht nicht notwendig eine unmittelbare zu sein; auch unmittelbare Aufforderung zur mittelbaren Teilnahme muss dem Gesetze genügen so lange letztere den Verbrechenscharakter behält[2]).

Die Begünstigung hat aus dem Kreise der als Gegenstand der Aufforderung möglichen Teilnahmehandlungen auszuscheiden, denn sie ist überhaupt nicht als Form

[1]) Vergl. Bad. Ann. Bd. 43 S. 32. In ähnlicher Weise wie Binding äussert sich auch Geyer H. H. Bd. IV, S. 152 f., ohne jedoch dieselben Konsequenzen zu ziehen.

[2]) Vgl. Oppenhoff-Delius § 49a No. 8. Geyer H. H. Bd. IV, S. 153.

der Teilnahme zu betrachten, nachdem das Verbrechen bereits abgeschlossen ist, wenn der Begünstiger in Tätigkeit tritt[1]).

§ 5.

Zum subjektiven Tatbestand.

I.

Der Vorsatz des Täters.

Wie schon gelegentlich der Frage nach dem Angriffsobjekt der durch § 49a verpönten Handlungen berührt, hat der Gesetzgeber in § 49a die Auffassung des Anstifters als intellektuellen Urhebers anerkannt und demgemäss für die Qualifizierung des Tätervorsatzes der Aufforderung Gesichtspunkte gegeben, von denen aus dieser in wesentlich anderem Lichte erscheinen muss, als den Grundsätzen des geltenden Rechts entsprechend der Vorsatz des Anstifters.

Es ist bekannt, dass das Strafgesetzbuch es abgelehnt hat, den Anstifter wegen mittelbarer Selbstherbeiführung des Erfolges zur Verantwortung zu ziehen, dass es vielmehr letzteren einzig und allein als vom Angestifteten als unmittelbarem Täter herbeigeführt betrachtet.

Man wird somit, wenn man im Sinne des Strafgesetzbuches vom begangenen Verbrechen zurückgeht auf den Grund seiner Entstehung, nicht gleich auf den intellektuellen Urheber stossen, dessen Beziehungen als nicht bis zur Tat reichend angenommen sind, man wird vielmehr erst wenn man den physischen Täter passiert hat, zu dem unselbständig hinten drein hinkenden Anstifter gelangen. Die Folge davon ist, dass dessen Tätig-

[1]) Vergl. Oppenhoff-Delius § 49a No. 8. Subjektiv unrichtig Witte S. 29.

keit nicht als selbständig durch Vermittelung des Angestifteten bis zum Erfolge fortwirkend und dort erst zum definitiven Abschluss gelangend, sondern schon in einem früheren Zeitpunkte als beendet angesehen werden muss.

Dieser Zeitpunkt kann nun nur der Moment der vollendeten Anstiftung, d. h. der Augenblick sein, in dem als Resultat der anstiftenden Einwirkung der auf Zuwiderhandlung gegen eine Norm gerichtete Entschluss in dem Anderen entsteht.

Ist nun aber die Handlung des Anstifters mit der Anstiftung vollendet, so ist damit auch sein Vorsatz umgrenzt; derselbe kann in Anlehnung an die vom Strafgesetzbuche aufgestellten Grundsätze nicht als weiter gehend angesehen werden als bis zum Erfolg der Hervorbringung des verbrecherischen Entschlusses – der Urheberwille ist ihm nicht wesentlich[1]).

Anders verhält es sich nun mit dem Vorsatze des Täters in den Fällen des § 49a.

Hier erkennt das Gesetz den Anstifter als intellektuellen Urheber an, es stellt letzteren neben den physischen Täter als gleichmässigen Herbeiführer des Erfolges der Haupttat, es muss also auch sein Vorsatz, um den strafrechtlichen Erfordernissen zu genügen, bis zu dieser Haupttat sich erstrecken.

Der Auffordernde und der die Aufforderung Annehmende, der sich Erbietende und der das Erbieten Annehmende, sie alle haben demnach Täterwillen, sie wollen, jeder für sich, einen gewissen Erfolg herbeigeführt sehen und in ihren diesbezüglichen Erklärungen liegt eine den Normerlass genügend rechtfertigende Gefahr.

---

[1]) Vergl. Löwenheim S. 16 ff.

Wenn sich darum auch die Tatbestände des § 49a als die „zweimal zwei Seiten zweier Unrechtsgeschäfte“ darstellen[1]), so ist daraus doch nicht die Berechtigung abzuleiten, einer zivilrechtlichen, vertragsähnlichen Konstruktion in der Behandlung der einzelnen Delikte Raum geben zu dürfen und in den äusserlich wohl zu zwei und zwei an einander gefügten Tatbeständen mehr Wechselbeziehungen zu berücksichtigen als in Wirklichkeit existieren. Nur wenn man die auch innere Selbständigkeit der einzelnen Delikte aus § 49a als unter allen Umständen feststehend voraussetzt und diese Voraussetzung zur Richtschnur der Diagnostizierung macht, wird man zu praktisch einigermassen brauchbaren Ergebnissen gelangen können.

Der Täter muss also wollen, dass die geplante Tat auch ausgeführt werde[2]), einen Erfolg, schädlich der Rechtsgüterwelt muss sein Tun bezielen. Seine Erklärung darf darum auch der Ernstlichkeit nicht entbehren, denn wenn ihr diese mangelt, hat er eben den Erfolg nicht gewollt.

Es gehören deshalb nicht unter § 49a die Fälle, in denen ein Erbieten oder die Annahme einer Aufforderung sich lediglich als Grosstuerei herausstellen und der Beschuldigte in Wirklichkeit an eine Ausführung gar nicht gedacht hat, oder wenn der Täter einen ganz anderen Zweck, als den, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, verfolgt, sei es, dass er unter Heischen eines Vorteils sich zur Begehung eines Verbrechens erbietet, blos um sich diesen Vorteil zu verschaffen, sei es, dass seinem Tun lediglich die Absicht zu Grunde liegt, den Anderen zur Annahme zu verleiten, um in ihm dadurch

[1]) So Binding Lehrb. S. 862.

[2]) Dies betont insbesondere auch E. Bd. 15, S. 359. A. M. Frank § 49a, IV, 1.

ein geeignetes Objekt für erpresserische Operationen zu gewinnen; überall fehlt hier die auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtete Absicht und eine Anwendung des § 49a ist ausgeschlossen[1]).

In diesem Zusammenhang von besonderem Interesse ist eine Betrachtung über den agent provocateur[2]) und seine möglichen Beziehungen zum § 49a, denn gerade dieser Paragraph erscheint für jenen Handlanger der Polizei als besonders tauglich zu seinem Geschäfte, da er eine Strafbarkeit schon begründet, ohne dass die betreffende Uebeltat auch nur bis zur Vorbereitungshandlung gediehen sein muss.

Zwei Möglichkeiten sind nun hier in Ansehung des § 49a denkbar:

Entweder der agent provocateur fordert Jemand schriftlich oder unter Gewährung von Vorteilen zur Begehung eines Verbrechens auf und erstattet Anzeige, sobald seine Aufforderung angenommen ist, bezw. er erbietet sich in gleicher Weise zur Begehung eines Verbrechens und bringt die Annahme seines Erbietens zur Anzeige, will also nur einen in Zuwiderhandlung gegen § 49a liegenden Erfolg herbeiführen, oder aber er wünscht die Inangriffnahme der Ausführung des Verbrechens selbst in der Absicht, den Uebeltäter in flagranti abzufassen und der Bestrafung zuzuführen, sein Vorhaben scheitert aber daran, dass der zu entlarvende Verbrecher von solchen Vorschlägen nichts wissen will und so die Anstiftung misslingt, oder dass sich der Angestiftete als

[1]) Vergl. E. Bd. 1, S. 338; Oppenhoff-Delius § 49a No. 14; v. Schwarze § 49a No. 5; Geyer H. H. Bd. IV, S. 155; Witte S. 25. A. M. Binding Lehrb. S. 867, A 3.

[2]) Unter agent provocateur versteht man denjenigen, der einen Anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung anstiftet, um ihn sodann bei dem Versuch oder der Ausführung derselben zu überraschen, als Täter zu entlarven und seine Bestrafung herbeizuführen. Vergl. Dopffel S. 3.

omnimodo facturus und die Anstiftung sich demgemäss als zwecklos erweist.

Es ist nun die Frage, ob der agent provocateur wegen des Aufforderns oder Erbietens straffällig werden kann.

Massgebend wird auch hier der Vorsatz sein müssen. Dass eine nicht ernstliche Aufforderung und ein ebensolches Erbieten straflos zu lassen ist, ist oben gesagt worden; dem Täter fehlt dabei der zu fordernde dolus; nicht ernstlich ist das Auffordern oder Erbieten aber dann, wenn der agent provocateur, lediglich um den Anderen zur Annahme zu verleiten, aufgefordert oder sich erboten hat. Erstreckt sich also sein Vorsatz nur bis zur Hervorrufung des Entschlusses in dem Anderen und nicht weiter, so kann aus diesem Grunde eine Strafbarkeit für ihn nicht gefolgert werden[1]).

Anders dagegen, wenn sein Vorsatz auch die Begehung des Verbrechens selbst umfasst oder wenn er wenigstens mit der Möglichkeit rechnet, dass der Erfolg wirklich eintritt, und er erst für diese Fälle die Entlarvung des Täters plant – hier hat er den Erfolg entweder direkt gewollt oder er wäre mit seinem Eintritt einverstanden gewesen, er ist also, nachdem dolus eventualis beim Vorhandensein eines Angriffsobjekts stets strafbar ist[2]), sowohl hier wie dort aus § 49a zur Verantwortung zu ziehen[3]).

Es kann vorkommen, dass die deliktische Willenserklärung nur für den Fall des Eintritts gewisser Bedingungen abgegeben wird, so dass es für den ersten Augenblick zweifelhaft erscheint, ob der Vorsatz des Täters in solchem Falle zur Bestrafung genüge.

---

[1]) A. M. Dopffel S. 23.

[2]) Dass dolus ev., wenn der Täter die Qualität seiner Handlung als Aufforderung eingesehen hat, genügt, vergl. GoltdArch. Bd. 25, S. 518. SeuffBl. Erg. Bd. X, S. 111.

[3]) Ebenso Heilborn S. 108, 109; Finger S. 350.

Dem Reichsgericht lag in dieser Richtung folgender Tatbestand vor[1]):

Der unverehelichten W., mit welcher der Angeklagte geschlechtlichen Verkehr unterhalten hatte, erteilte dieser auf die Mitteilung, dass sie ihre Regel verloren habe, eine schriftliche Antwort des Inhalts, dass er des Willens sei, die Frucht zu töten und abzutreiben, wenn sich nicht etwa bis zu einem angegebenen Termine herausstellen würde, dass sie ihre Regel wieder bekäme und damit die in der Entwicklung begriffene Frucht von selbst abginge oder dass die Annahme der Schwangerschaft eine irrtümliche gewesen sei.

Die Frage, ob der so gefasste Vorsatz ausreichend sei, eine Bestrafung des Täters zu rechtfertigen, hat das Reichsgericht mit Recht in bejahendem Sinne beantwortet. Der Willensentschluss, zu handeln, steht fest. Die Voraussetzungen, von denen es abhängt, wann und ob dieser Entschluss zur Tat werden soll, haben mit den durch § 49a verpönten Tätigkeiten nichts mehr zu tun; die Tatsache, dass der Gesetzgeber diese Handlungen schlechthin verboten hat, lassen von der Ausführung des Verbrechens selbst vollständig absehen, der Annahme einer Bekundung ernstlichen auf Ausführung des Verbrechens der Abtreibung gerichteten Willens aber steht nichts entgegen; nur die Ausführung der Tat selbst scheint durch diese Bedingung, deren Verwirklichung vom Willen des Täters unabhängig ist, bedingt, nicht aber der Entschluss, das Verbrechen zu begehen.

Ob die objektiven Voraussetzungen der Begehung des Verbrechens vorhanden oder nicht vorhanden sind und der Täter nur darüber keine Klarheit besitzt, welche von den beiden Möglichkeiten in concreto zutrifft und für den Fall des Vorliegens der ersteren seine Erklärung

[1]) Vergl. E. Bd. 26, S. 199.

abgibt, oder ob sie zur Zeit überhaupt nicht vorliegen und nur die Möglichkeit ihres Eintritts in späterer Frist besteht, ist meines Erachtens gleichgültig.

Anderer Anschauung ist hier das Reichsgericht. Es bemerkt angesichts dieser Sachlage für den Fall des Erbietens und dessen Annahme[1]):

„Selbst eine ernstlich gemeinte Bereiterklärung zur Begehung eines Verbrechens wird in diesem Falle nicht ohne Weiteres als ein dem § 49a entsprechendes, d. h. den definitiven Willen des Täters bekundendes Versprechen anzusehen sein; vielmehr wird es sich dabei nicht selten noch nicht um die Aeusserung eines sich auf die Zukunft und auf möglicherweise eintretende Umstände beziehenden Entschlusses, sondern nur um die Mitteilung von einer gegenwärtigen geistigen Disposition handeln, welche die zukünftige Fassung des Entschlusses unter gewissen Bedingungen in Aussicht stellt. Demgemäss wird bei solcher Sachlage nicht, wie es bei einem Erbieten nach § 49a der Fall ist, auf Annahme oder Ablehnung seitens des anderen Teils, sondern nur auf ein ev. späteres Zurückkommen desselben auf den Gegenstand der Erklärung gerechnet werden".

Der Fall liegt jedoch hier nicht wesentlich anders als der oben angeführte. Der Vorsatz des Täters ist genau derselbe; der sich Erbietende erklärt sich bereit, wenn die nötigen Voraussetzungen vorliegen, das Verbrechen zu begehen und der Annehmende ist damit einverstanden; ob und wann die Voraussetzungen eintreten, kann hier ebensowenig wie oben von Bedeutung sein und man wird in der Annahmeerklärung nicht nur die Zusicherung der Bereitwilligkeit eines späteren Zurückkommens

[1]) GoltdArch. Bd. 47, S. 375. Dieser Ansicht schliesst sich auch Oppenhoff-Delius § 49a No. 5a an.

auf den Gegenstand der Erklärung, sondern die Zusicherung späteren Einverstandenseins mit einem für den Fall des Eintritts der Voraussetzungen vorzunehmenden Handeln zu erblicken haben. Deshalb ist auch dem Reichsgericht nicht beizupflichten, wenn es betont, dass das Erbieten zu einer zeitlich genügend nahe liegenden Tat geschehen müsse[1]); binnen welchen Zeitraums müsste sich überhaupt die Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins der Voraussetzungen entscheiden, damit die Tat „zeitlich genügend nahe" läge?

Wenn allerdings, wie das Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung ebenfalls erwähnt, der sich Erbietende überhaupt noch nicht weiss, ob er selbst das Verbrechen ausführen kann, wenn also die Bedingungen, an die sich die Verbrechensverübung knüpft, in seiner eigenen Person liegen, so kann man nicht von einem definitiven Entschluss sprechen[2]); liegen aber die Bedingungen ausserhalb des Täters, so steht ein solcher und mit ihm die Berechtigung einer Bestrafung unzweifelhaft fest.

II.

Die Bedeutung des Irrtums.

Der Willensentschluss des Täters ist das Produkt von Motiven und zwar von solchen, die von der Tat zurückzuhalten suchen und von solchen, die zur Tat hindrängen. Unter den Gegenmotiven muss sich der erkannte Rechtswille befinden. Wesentlich ist darum dem Vorsatze das in der Erkenntnis des Verbotenseins bestehende Bewusstsein, der Norm zuwider zu handeln. Aber auch nur dieses; ob der Täter das Strafgesetz gekannt hat, ob er sich überhaupt der Strafbarkeit bewusst

[1]) E. Bd. 26, S. 424.

[2]) Vergl. J. W. Bd. 30, S. 600.

gewesen, ist unerheblich. Der Satz error iuris nocet ist richtig, wenn man ihn auf die Kenntnis des Strafgesetzes und der durch dasselbe festgelegten Strafbarkeit bezieht, hinsichtlich der Kenntnis der Widerrechtlichkeit aber kann er nicht gelten. Dabei ist jedoch nun keineswegs richtige Formulierung der Norm vorausgesetzt; die Kenntnis gerade der wichtigsten Pflichten ist in dem Masse Gemeingut, dass das einzelne Glied der Rechtsgemeinschaft sich dieser Kenntnis gar nicht entziehen kann: Dass es Unrecht sein muss, eine verbotene Handlung begangen sehen zu wollen, dies zu wissen kann man von jedem reifen, geistig normalen Menschen verlangen.

Wenn also ein Irrtum über das Verbotensein der Handlung nur selten bestehen wird, so ist doch für den Fall seines Vorliegens zu bemerken, dass es für die strafrechtliche Würdigung nicht von Belang ist, ob der Irrtum verschuldet ist oder nicht. Man könnte zwar versucht sein, bei verschuldetem Irrtum fahrlässige Täterschaft anzunehmen, doch wäre solche Auffassung falsch, denn auch die culpa setzt die aus der Kenntnis der Norm entspringende Fähigkeit zur Willenserkenntnis im Verhältnis zur Rechtsnorm voraus.

Neben diesem, bei allen Normwidrigkeiten immer von derselben Bedeutung bleibenden Rechtsirrtum steht der faktische Irrtum, die falsche Vorstellung über Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande des Delikts gehören, Normwidrigkeitsmerkmale und Strafbarkeitsmerkmale.

Normwidrigkeitsmerkmale sind diejenigen Momente, durch welche sich die Tat als die Uebertretung einer bestimmten Norm charakterisiert, Strafbarkeitsmerkmale sind Umstände, welche den Gesetzgeber veranlassen, die Normwidrigkeit zu strafen. Nur Unkenntnis jener Merkmale kann den Täter entschuldigen und ihn dem Schutze

des hier massgebenden § 59 supponieren; die Unkenntnis von Strafbarkeitsmerkmalen kann ihn nicht schützen. Es ist daher z. B. vollständig irrelevant, wenn der Täter nicht wusste, dass nur das schriftliche oder mit der Gewährung von Vorteilen verknüpfte Auffordern ihn strafbar macht.

Die Tatumstände, die der Vorsatz des Täters aus § 49a umfassen muss, müssen, nachdem sich der Vorsatz bis zum geplanten rechtswidrigen Erfolg erstreckt, dieselben sein, wie sie der Vorsatz des den Erfolg herbeizuführen Bestimmten würde begreifen müssen[1]).

Wenn man nun bedenkt, dass die Handlung, welche die Aufforderung bezielt, entweder Verbrechen oder Teilnahme an einem solchen sein muss, dieser besondere strafrechtliche Charakter der den Gegenstand der Aufforderung bildenden Handlung aber nur Strafbarkeitsmerkmal ist, so ist zu folgern, dass der Auffordernde ebensowenig wie der präsumptive Täter das Bewusstsein der Strafbarkeit oder gar der Verbrechensqualität der Handlung zu besitzen braucht; nur dass die Handlung, zu der er auffordert, verboten ist, muss er wissen[2]).

Neben den zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumständen erwähnt § 59 auch solche, welche die Strafbarkeit erhöhen; mit diesen sind, wie unbestritten feststeht, die Tatbestandsmerkmale des qualifizierten Delikts gemeint; von dessen Standpunkte gehören sie zu den gesetzlichen Tatbestandsmomenten, der Täter muss sie also kennen, sein Vorsatz muss sie mit umfassen und das Gleiche gilt für den Vorsatz des Täters

[1]) Vergl. Löwenheim S. 45.

[2]) Vergl. E. Bd. 20, S. 198; GoltdArch. Bd. 48, S. 366; Frank ZStW. XII, S. 284. Ferner Olshausen § 49a No. 8; Oppenhoff-Delius § 49a No. 14; Binding Lehrb. S. 865; Ortloff S. 235.

aus § 49a[1]). Kennt dieser konkreten Falles jene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen und dadurch die Tat zum Verbrechen stempeln, nicht, so sind sie für seine Beurteilung ausser Betracht zu lassen, wenn auch demzufolge seine Strafbarkeit entfällt[2]). Hat also z. B. Jemand einen bereits rückfälligen Dieb zu einem neuerlichen Diebstahl animiert, so ist er zu strafen, wenn er weiss, dass der Betreffende wegen Diebstahls bereits zweimal vorbestraft ist; ist ihm jedoch die Rückfälligkeit nicht bekannt, so hat sein Tun eine Strafe für ihn nicht im Gefolge.

Ist aber in einem speziellen Tatbestand die Zurechnung der Tatmomente nur durch ihr Vorhandensein bedingt und kommt es nicht auf das Wissen des Täters an, so ist aus § 59 eine Erheblichkeit des Irrtums nicht zu folgern.

Eine im Bereiche der Bedeutung des Irrtums sehr wichtige Frage ist die, ob Jemand aus § 49a bestraft werden kann, wenn er ein nicht ernstliches Auffordern oder Erbieten annimmt, weil er es irrtümlich für ernstlich hält.

Das Reichsgericht und mit ihm die Litteratur[3]) stehen auf dem Standpunkte, dass eine Strafbarkeit für den Annehmenden unter solchen Umständen nicht begründet sei; nur *Reiffel*[4]) ist gegenteiliger Ansicht und wie ich annehmen zu dürfen glaube mit Recht.

Bei Erörterung des Vorsatzes des Täters habe ich gesagt, dass der Auffordernde und der sich Erbietende sowie der Annehmende, jeder für sich, das Verbrechen

[1]) Vergl. S. 52.

[2]) Vergl. E. Bd. 32, S. 267; Olshausen § 49a No. 9; Oppenhoff-Delius § 49a No. 9; Meves S. 334; Meyer S. 243 A. 22.

[3]) E. Bd. 1, S. 338; GoltdArch. Bd. 42 S. 122; Olshausen § 49a No. 7; Rüdorff-Stenglein § 49a No. 9; Witte S. 30.

[4]) GerS. Bd. 42, S. 175 ff.

will und dass dieses Wollen dem Gesetzgeber jene Gefahr bedeutet, welcher wegen er sich zur Pönalisierung der beregten Handlungen entschloss, und früher schon ist gesagt worden, dass deren generelle Gefährlichkeit, nicht die Gefahr in concreto der Strafdrohung zu Grunde liegt, dass also die Wirksamkeit des Gesetzes durch den absoluten Mangel einer Gefahr im Einzelfalle nicht berührt wird.

Von konkreter Gefahr kann man nur da reden, wo wahrnehmbare Momente für die Möglichkeit des Eintritts unerwünschter Veränderung vorhanden sind – die generelle Gefahr nimmt schon auf diese Momente keine Rücksicht mehr, ihr letzter Grund muss also vor ihnen liegen, und hier bleibt nur der Wille des Täters übrig. Den Willen aber hat, wie wir gesehen, jeder der Partner für sich, darum erwächst auch für jeden gesondert mit der ernstlichen Erklärung des Willens der Strafgrund und es besteht, wenn der Eine die Aufforderung oder das Erbieten annimmt und damit erklärt, dass er die Begehung des Verbrechens durch den Anderen wolle, trotz des seiner Handlung immerhin innewohnenden Anstiftungscharakters keine Veranlassung, zu berücksichtigen, was sich der Andere bei seiner Aufforderung oder seinem Erbieten gedacht hat.

Es ist deshalb dem Reichsgericht nicht beizupflichten, wenn es für den Fall der Annahme eines nicht ernstlichen Erbietens den inneren Zusammenhang, den Umstand entscheiden lässt, dass der sich Erbietende die definitive Fassung seines verbrecherischen Entschlusses noch von der Einwilligung desjenigen, dem gegenüber er sich erbietet, abhängig macht, und somit in der die Bedingung des definitiven Entschlusses erfüllenden Annahme des Erbietens das Moment einer den Willen bestimmenden Anstiftung erblickt, aber, da das Gesetz nur diejenige Annahme treffen wolle, welche den ernst-

lichen aber bisher nur bedingt gefassten Entschluss durch die Erfüllung der in der Annahme bestehenden Bedingung zu einem unbedingten Entschluss umwandelt, den ein nicht ernstliches Erbieten ernstlich Annehmenden straffrei lassen will[1]).

Das Reichsgericht führt zur Bestätigung seiner Ausführungen auch den praktischen Zweck des Gesetzes an; die Annahme eines nicht ernstlichen Erbietens sei nicht gefährlich, weil der nur scheinbar sich Erbietende auch für den Fall der Annahme das Verbrechen nicht verüben wolle. Das wäre richtig, wenn das Reichsgericht nicht dabei die absolute Natur der Normen des § 49a, wie erwähnt, ignorierte. Nimmt man übrigens an, dass die Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Erbietens straflos bleiben solle, so wird man dasselbe auch für die Annahme einer nicht ernstlich gemeinten Aufforderung gelten lassen müssen; damit arbeitet man aber dem praktischen Zwecke des Gesetzes gerade entgegen, denn an der durch die Annahme hier tatsächlich erzeugten Gefahr ändert der Umstand gar nichts, dass die Aufforderung in Wirklichkeit keine ernstliche war und sie der Aufgeforderte nur irrtümlich für eine ernstliche hielt.

Wenn man aus dem Wortlaute des Gesetzes einen dem Annehmenden zu Gute kommenden Mangel der Ernstlichkeit des Aufforderns oder Erbietens nachweisen wollte, so könnte dies höchstens aus der Stelle „wer eine solche Aufforderung annimmt“ geschehen, insoferne als man sagen könnte, das Wort „solche Aufforderung“ beziehe sich auf den Passus „Wer . . . auffordert . . . wird . . . bestraft“, dass man also nur eine Aufforderung, die bestraft wird, d. h. eine ernstliche annehmen könne, dass eine nicht ernstliche Aufforderung gar keine Aufforderung sei, und dass es darum überhaupt an einem

[1]) Vergl. E. Bd. 1, S. 338.

Annahmeobjekt fehle. Bei unvoreingenommener Betrachtung des Gesetzes wird man aber sofort erkennen, dass sich das Wort „solche“ nicht auf die Aufforderung, wie sie bestraft wird, sondern auf die Aufforderung „zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen“ bezieht. Dasselbe gilt natürlich der Annahme des Erbietens. „Solche“ in unserem, dem belgischen Gesetze nachgebildeten § 49a ist dessen semblable[1]); *Reiffel*[2]) sagt mit Recht, dass man es besser mit „derartig“ übersetzt hätte, es wäre damit jeder Zweifel vermieden gewesen.

Aus demselben Grunde genereller Gefährlichkeit ebenso zu behandeln wie die ernstliche Annahme einer nicht ernstlichen Aufforderung sind die Tathandlungen des § 49a, wenn Gegenstand der Aufforderung ein Verbrechen ist, das ausgeführt sich als Versuch am untauglichen oder nicht existierenden Objekt oder mit untauglichen Mitteln erwiese. Nach gewöhnlichen, allerdings vom Reichsgericht nicht anerkannten Grundsätzen[3]) sind solche Handlungen, die entweder blosse Scheindelikte, Wahnverbrechen darstellen, sei es, dass das Objekt gar nicht unter den Schutz der Norm inbegriffen ist, sei es, dass das Objekt zwar an sich rechtlich geschützt ist, aber nicht gegenüber der konkret vorliegenden Gruppe von Mitteln, oder bei denen Objekt oder Mittel im konkreten Falle als untauglich erscheinen, nicht strafbar.

Dies kann jedoch nicht gelten, sobald § 49a in Frage kommt, auch hier wiederum vom Standpunkte des absoluten Verbotes und der Gefährlichkeit des Täterwillens

[1]) „Quiconque aura accepté semblable offre ou proposition . . . “

[2]) S. 181.

[3]) Vergl. z. B. E. Bd. 1, S. 451; Bd. 8, S. 198; Bd. 17, S. 158; dazu Olshausen § 43 No. 19 ff.

aus. Den Einwand, dass eine solche Handlung kein Verbrechen sei und es deshalb an einem Tatbestandsmerkmale des § 49a fehle, halte ich aus diesem Gesichtspunkte nicht für stichhaltig; wenn der Täter gewollt hat, dass ein Mensch getötet, dass eine Leibesfrucht abgetrieben wird, so hat er ein Verbrechen gewollt und das ist das Wesentliche; warum die Handlung wider seinen Willen ein solches nicht geworden wäre, spielt keine Rolle mehr[1]). Anders dürfte zu entscheiden sein, wenn Jemand vom Eingreifen einer übernatürlichen Gewalt, von einer Durchbrechung des natürlichen Kausalzusammenhangs den Eintritt eines Erfolges erwartet und durch sein Tun diese Aktion anzuregen sucht. Die Rechtsnorm verbietet, die Ursache eines Erfolges zu setzen — vom versuchten Setzen einer Ursache kann aber hier gar nicht die Rede sein, Inanspruchnahme übernatürlicher Kräfte ist überhaupt kein „Mittel", es würde auch bei Festhaltung am subjektiven Standpunkte in der Behandlung des Versuchs mit untauglichen Mitteln eine Strafbarkeit in solchem Falle nicht gerechtfertigt erscheinen[2]).

III.

Die Frage der Zurechnungsfähigkeit.

Der Umstand, dass die Aufforderung und das sich Erbieten, um ihrem Begriffe zu genügen, stets einen Oblaten und die Annahme einen Offerenten voraussetzen, bewirkt, dass man vielfach die selbständige Natur der einzelnen Delikte verkennend etwaige bei dem anderen Teile vorliegende und dessen Strafbarkeit beeinflussende Verhältnisse auf den Täter und seine Verantwortlichkeit

[1]) Zu derselben Entscheidung kommt auch das Reichsgericht, jedoch aus anderen Gründen; vergl. R. Bd. VI, S. 535.

[2]) Vergl. E. Bd. 33, S. 321.

zurückwirken lässt und aus diesen Umständen Straffreiheit für ihn folgert.

Es besteht ja in gewissem Sinne unstreitig ein Zusammenhang zwischen Offerent und Oblat insoferne, als der eine nicht denkbar ist ohne den anderen; aber es ist meines Erachtens unstatthaft, den Zusammenhang zu weit auszudehnen. In dem Verbrechen, zu dem der Eine auffordert oder sich erbietet, das der Andere ausführen oder durch seine Annahmeerklärung zum factum werden lassen will, berühren sich beide und es liegt sonach an der Auffassung des Ausdruckes „Verbrechen", ob sich der Zusammenhang zu einem losen oder aber zu einem festen und gegenseitige Wirkungen äussernden gestaltet.

Fasst man „Verbrechen" in subjektivem Sinne und lässt lediglich den persönlichen Standpunkt des Aufgeforderten oder sich Erbietenden gelten, so wird man in allen den Fällen, in welchen aus Gründen, die in der Person des zur Verbrechensverübung in Aussicht Genommenen liegen[1]), letzterem eine Zurechnung nicht erfolgen könnte, von einer Bestrafung des Täters aus § 49a absehen müssen, denn er hat nicht zu einem „Verbrechen" aufgefordert und nicht das Erbieten zu einem „Verbrechen" angenommen, da der Andere ein solches gar nicht begehen kann. Die Anwendung des § 49a würde sonach an dem Wortlaute des Gesetzes scheitern und die Folge wäre, dass der Auffordernde bez. der das Erbieten Annehmende, der für den Fall der Ausführung der Tat als mittelbarer Täter haften würde, hier mangels eines Versuchs des Delikts wegen blosser Vorbereitungshandlung straflos bliebe.

Fasst man jedoch den Ausdruck „Verbrechen" so, wie ich ihn bereits zu erklären versucht habe[2]), und ver-

[1]) §§ 51, 56, 57 StGB.

[2]) Vergl. S. 44.

steht darunter nur einen nach der Höhe des angedrohten Strafübels anzuwendenden Massstab für die Bewertung der geplanten Veränderung in der Rechtswelt hinsichtlich ihrer Erheblichkeit in Bezug auf § 49a, so wird man ohne Zweifel die Selbständigkeit der einzelnen Tathandlungen auch nach dieser Richtung aufrecht erhalten und ohne Rücksicht auf vorhandene oder nicht vorhandene Zurechnungsfähigkeit des anderen Teils, mag sie nun unentwickelte oder aufgehobene Schuldfähigkeit sein, Bestrafung eintreten lassen können.

Man könnte vielleicht der Bestrafung der Annahme des Erbietens eines Unzurechnungsfähigen damit entgegen treten, dass man sagte, ein Unzurechnungsfähiger sei ausserdem überhaupt nicht im Stande, sich zu einem Verbrechen zu erbieten, sein Erbieten sei kein Erbieten im Sinne des § 49a und könne deshalb auch nicht Objekt der Annahme sein. Ich habe jedoch schon gelegentlich der Frage nach der Bedeutung der Annahme eines nicht ernstlichen Erbietens darzutun versucht, dass man auch ein für den es Vornehmenden nicht strafbares Auffordern oder Erbieten annehmen kann. Dasselbe gilt hinsichtlich der Annahme einer von einem Unzurechnungsfähigen ergangenen Aufforderung. Das an einen Unzurechnungsfähigen gerichtete Erbieten endlich bedarf ohnedies keiner weiteren Erwähnung, denn die Strafbarkeit ist hier nicht zweifelhaft – die Auffassungsfähigkeit des Oblaten spielt, wie schon einmal erwähnt[1]), keine Rolle[2]).

[1]) Vergl. S. 21.

[2]) Die Frage, ob bei Unzurechnungsfähigkeit des einen Teils Strafe eintreten kann, ist sehr umstritten; Rüdorff-Stenglein § 49a No. 9. Binding Lehrb. S. 840 ff und Ortloff GerS. Bd. 67, S. 235 bejahen dieselbe, in der übrigen Litteratur wird sie verneint. Auch das Reichsgericht ist letzterer Ansicht, es hat sogar die Aufforderung des Vaters an seine noch nicht achtzehn Jahre alte Tochter zur Verübung gemeinschaftlicher

§ 5.
Die Verbrechensformen.

Dadurch, dass die Normen des § 49a zur Gruppe der absoluten Verbote gehören, gestaltet sich die Bedeutung der einzelnen Phasen der deliktischen Tätigkeit insoferne abweichend, als letztere hier früher als bei den einen bestimmten Erfolg voraussetzenden Verletzungs- und Gefährdungsverboten zu strafrechtlicher Erheblichkeit gelangt und insoweit auch die Formen des Versuchs und Rücktritts in entsprechender Weise beeinflusst werden.

Vollendet ist das Vergehen des Aufforderns und Erbietens, sobald dasselbe geäussert und durch die Tätigkeit des Auffordernden oder sich Erbietenden zur Kenntnis dessen, an den es gerichtet war, gelangt ist[1]). Das Gleiche gilt für die Annahme des Erbietens, während für die Annahme der Aufforderung die Vollendung schon mit Manifestierung des Willens, der Aufforderung nachzukommen und ohne Kenntnisnahme von Seite des Auffordernden eintritt[2]).

Blutschande für straflos erklärt, vergl. GoltdArch. Bd. 51, S. 177, trotzdem die eine Ausnahme vom Prinzip des § 56 StGB. enthaltende Bestimmung des § 173 Abs. 4 lediglich einen subjektiven Strafausschliessungsgrund für die noch nicht achtzehn Jahre alte Person darstellt, der Gesetzgeber also nur dem Täter gegenüber von einer Bestrafung absieht, im übrigen aber die Tat als strafbar betrachtet. Vergl. Olshausen § 173 No. 5, c; v. Liszt S. 191. In einer anderen Entscheidung allerdings hat das Reichsgericht das Alter über achtzehn Jahre für ein positives Tatbestandsmerkmal des strafbaren Inzests von Verwandten absteigender Linie erklärt. Vergl. E. Bd. 19, S. 391. — Olshausen § 49a No. 7 und 10 und Witte S. 26 und 30 wollen, wenn der eine Teil ein Kind unter zwölf Jahren, aber doli capax ist, für den anderen Teil Strafbarkeit eintreten lassen, verneinen dagegen dieselbe, soweit dies nicht der Fall. Diese Unterscheidung halte ich für verfehlt; ein Kind unter zwölf Jahren wird man niemals doli capax nennen können. Ebenso Mayer S. 244.

[1]) Vergl. S. 21.

[2]) Vergl. S. 28.

Ein Versuch der Vergehen, der übrigens wegen des Vergehenscharakters und mangels einer besonderen Strafdrohung straflos bleibt, ist, nachdem die Vollendung bei mündlicher Erklärung mit dieser zusammenfällt, nur bei schriftlichem Vorgehen möglich[1]), sowohl, wenn das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück nicht in die Hände des Destinatärs gelangt, sondern sein Inhalt anderweitig bekannt wird, so dass es also an der notwendigen direkten Kenntnisnahme fehlt[2]), als auch dann, wenn die Erklärung zwar dem Adressaten direkt zugeht, aber durch den Erklärenden selbst inzwischen schon wieder ihrer Ernstlichkeit entkleidet wurde[3]).

Im letzteren Falle wird man auch von einem Rücktritt vom Versuche sprechen können.

Ob man Versuch auch annehmen kann, wenn der Täter selbst die Kenntnisnahme verhindert dadurch, dass er seine schriftliche Willenserklärung, bevor sie in die Hände des Adressaten gelangte, wieder an sich bringt dürfte nach der Natur der Sache zweifelhaft sein und ich möchte diese Möglichkeit verneinen, denn die Erklärung hat sich damit überhaupt noch nicht manifestiert, ist aus dem Ideenkreise des Betreffenden noch gar nicht herausgetreten. Hier wird man deshalb auch nicht einen

---

[1]) Die Möglichkeit des Versuchs verneinen Hülschner I, S. 409, Meves S. 336 und Witte S. 40.

[2]) Vergl. S. 21.

[3]) Es hat z. B. A, der mit seinem Nachbar B seit Jahren in bitterer Feindschaft lebt, im ersten Zorn über ein ihm von B vermeintlich zugefügtes Unrecht den C brieflich aufgefordert, das Haus des B in einer der nächsten Nächte anzuzünden und ihm dafür 100 Mark versprochen. Kaum hat er den Brief zur Post gebracht, so reut ihn die Sache und er begibt sich schleunigst und noch vor Ankunft des Briefes zu C, um diesem zu eröffnen, dass der Brief nicht ernst zu nehmen sei, droht ihm sogar mit sofortiger Anzeige, wenn er nur die geringsten Anstalten machen wollte, auf das Ansinnen einzugehen.

Rücktritt vom Versuche annehmen können; unbedingt bleibt aber der Täter in solchem Falle straflos.

Teilnahme an den Delikten des § 49a ist, da diese selbständige Vergehen darstellen, bei ihnen ebenso wie bei jedem anderen delictum sui generis möglich und es finden auf dieselbe gleicherweise die Bestimmungen Anwendung, die das Strafgesetzbuch in §§ 48 und 49 über die Anstiftung und Beihilfe enthält[1]).

§ 6.

Der subsidiäre Charakter des § 49a.

§ 49a hat nach seinem eigenen Wortlaute nur in Anwendung zu kommen „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht“[2]).

Der Ausdruck „Gesetz“ ist zweifelhaft und es entsteht hier die Frage, ob man darunter nur das Strafgesetzbuch oder auch die übrigen Reichsgesetze, oder aber ausser diesen auch die Landesgesetze, soweit solche in Betracht kommen können, zu verstehen hat.

Man wird, da ein direkter Anhaltspunkt fehlt, nur aus dem Sprachgebrauche des Gesetzbuches selbst und aus dem Standpunkte, den es in anderen, ähnlichen Fällen einnimmt, auf den Sinn, der hier dem Worte „Gesetz“ unterzulegen ist, schliessen können[3]).

Dass nicht das Strafgesetzbuch allein gemeint sein

[1]) Vergl. ColtdArch. Bd. 42, S. 25; Ortloff GerS. Bd. 67, S. 229, A. M. Schütze Anh. S. 11, der aber anerkennt, dass bei Auffassung der Vergehen des § 49a als delicta sui generis Teilnahme möglich sei.

[2]) Es hat nach den Worten des Gesetzes den Anschein, als ob sich diese Klausel nur auf die Aufforderung und deren Annahme beziehen sollte; man wird aber wohl ex analogia schliessen dürfen, dass sie auch für das Erbieten und dessen Annahme zu gelten hat. A. M. Witte S. 31.

[3]) Vergl. Olshausen § 49a No. 19; Ortloff GerS. Bd. 67, S. 237.

kann, geht daraus hervor, dass letzteres gegebenen Falles als „dieses Strafgesetz“ bezeichnet wird[1]); ebenso spricht das Strafgesetzbuch, wenn es sich selbst und die übrigen Reichsgesetze begreifen will, stets von den „Strafgesetzen des deutschen Reichs“[2]). Man wird deshalb „Gesetz“ nur in dem, in der dritten Art der Auffassung oben angedeuteten Sinne, ähnlich jener des § 50 des Strafgesetzbuchs in seiner allgemeinen Bedeutung als gesetzliche Bestimmung zu verstehen haben und das Anwendungsgebiet des § 49a nur soweit ausdehnen können, als den Täter nicht Reichs- oder Landesstrafgesetze mit anderer Strafe bedrohen, wenn dadurch auch das Prinzip des § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche, wonach letzteres den Reichs- und Landesstrafgesetzen hinsichtlich der Materien, die Gegenstand seiner eigenen Regelung sind, vorgeht, durchbrochen wird[3]).

Nachdem diese Subsidiarität dergestalt prinzipiell feststeht, ist es auch gleichgültig, ob die „andere Strafe“ eine schwerere oder geringere als die in § 49a angedrohte ist[4]). Würden allerdings durch eine landesgesetzliche Vorschrift die Aufforderung u. s. w. überhaupt nicht mit Strafe bedroht, so bliebe § 49a zur Anwendung, da er nur zu zessieren hat, wenn eine „andere“, nicht aber wenn gar keine Strafe festgesetzt ist.

Die beregte Einschränkung des Gesetzes kann nun in zweierlei Weise sich geltend machen, je nach der Richtung, aus der dem Täter die „andere Strafe“ droht.

Hatte die Aufforderung bez. das Erbieten Erfolg und wurde dementsprechend das Verbrechen verübt oder in strafbarer Weise zu verüben versucht, so hat dies für

[1]) § 8 StGB.
[2]) §§ 3 und 4 StGB.
[3]) A. M. Binding Lehrb. S. 870.
[4]) A. M. v. Liszt S. 572.

den Täter die Verbrechens- bez. Versuchsstrafe und für den nunmehr zum Anstifter gewordenen Aufforderer oder den das Erbieten Annehmenden die Strafe der Anstiftung zur Folge und die Strafe aus § 49a entfällt[1]).

Die Strafe muss eine „andere" sein; man kann also nicht für den Fall, dass der Aufgeforderte die Aufforderung annimmt, den Auffordernden wegen Anstiftung zur Annahme bestrafen, denn § 48 spricht für den Anstifter dieselbe Strafdrohung wie für den Täter aus, diese bleibt also hier ein und dieselbe. Eine Ausnahme hievon kann nur dann eintreten, wenn eine Strafbarkeit für den Auffordernden mangels des erforderlichen dolus nicht begründet ist, die Annahme jedoch mit seinem Willen geschah, wie solches beim agent provocateur der Fall sein kann. Letzterer würde hier wegen Anstiftung zur Annahme haftbar zu machen sein[2]).

Eine Anwendung des § 49a ist auch dann geboten, wenn der angestiftete Täter freiwillig vom Versuche zurücktritt; der Rücktritt beseitigt die Rechtswidrigkeit der Tat, befreit den Täter von der Versuchsstrafe und wirkt auch zu Gunsten des Anstifters[3]). Beide werden also von keiner Strafe, die jene aus § 49a konsumieren könnte, getroffen und nachdem dessen Strafdrohungen fortwirken, bis es sich entscheidet, ob eine andere Strafe Platz greift, bleibt die Haftung aus § 49a für beide bestehen[4]).

---

[1]) Eine scheinbare Ausnahme besteht hinsichtlich der Aufforderung des omnimodo facturus; es ist hier jedoch in Wirklichkeit von Anstiftung nicht die Rede, da die Aufforderung in diesem Falle ohne Einfluss auf den Willen des schon entschlossenen Täters bleibt. Vergl. S. 24.

[2]) Ebenso Heilborn S. 109.

[3]) Bestritten. Vergl. Olshausen § 46 No. 2.

[4]) So Oppenhoff-Delius § 49a No. 4; Frank § 49a II; Hälschner I S. 409; Meves S. 336 und 338, der aber den Auffordernden und den das Erbieten Annehmenden als Anstifter strafbar bleiben lässt. A. M. Binding Lehrb. S. 865.

Der zweite Unterfall der Subsidiarität bezieht sich auf den in § 49a selbst aufgeführten Tatbestand insoferne, als die Anwendbarkeit des § 49a ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz die Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung anderweitig mit Strafe bedroht, wie es in den §§ 85, 110, 111, 112, 159[1]) des StGB. §§ 78 Abs. 2, 99, 100 MStGB., § 102 der Seemannsordnung vom 2.VI.1902 und § 10 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9.VI.1884[2]) geschieht. Eine Idealkonkurrenz des Vergehens aus § 49a mit einem dieser Delikte kann also nie eintreten.

Ob hinsichtlich des § 333 StGB., nach welchem die aktive Bestechung, der Versuch, einen Beamten oder ein Mitglied der bewaffneten Macht durch Anbieten oder Gewähren von Geschenken oder anderen Vorteilen zu einer Handlung, die eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht involviert, zu bestimmen, mit Strafe bedroht wird, das Gleiche gilt, wenn die dem Beamten zugemutete Pflichtverletzung als Verbrechen bestraft würde, ist bestritten. Die Frage dürfte jedoch zu bejahen sein, denn der Ausdruck „Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht" ist kaum anders zu verstehen denn als vereinfachende Bezeichnung von allgemeiner Bedeutung, an deren Stelle eben so gut alle möglichen Arten der Pflichtverletzung einzeln genannt sein könnten. Und wie man im § 49a selbst konkreten Falles an Stelle des Ausdruckes „Verbrechen" den einzelnen Verbrechenstat-

---

[1]) Nur hinsichtlich der Aufforderung zum Meineide. Annahme der Aufforderung und Erbieten zur Begehung eines Meineids fällt unter § 49a. Vergl. Oppenhoff-Delius § 49a No. 8.

[2]) Die mündliche Privataufforderung zum Dynamitverbrechen unter Anbieten von Vorteilen fällt aber nicht unter § 10 SprengstG. sondern nur unter § 49a StGB. Vergl. Seuffert Anarch. S. 133.

bestand setzt und nach der diesem existierenden Strafdrohung die Strafe aus § 49a bestimmt, so wird man auch bei § 333 gegebenen Falles die Pflichtverletzung, wenn sie einen speziellen Verbrechenstatbestand ergibt, dem Ausdrucke „Handlung die eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthält“ supponieren können, so dass man auch in § 333 einen dem § 49a vorgehenden Verbrechenstatbestand erhält[1]).

[1]) Bestritten. Gl. M. jedoch aus anderen Gründen Frank § 49a, II und § 333, IV; Hälschner II, S. 1046; Binding Lehrb. S. 870 A. 3. und sehr eingehend Reiffel GerS. Bd. 42, S. 187 ff. A. M. E. Bd. 3, S. 390; Bd. 9, S. 26; Bd. 12, S. 54; Olshausen § 49a No. 20; Oppenhoff-Delius § 49a No. 2; Witte S. 32 ff.